المعاملات المالية

أصالة ومعاصرة

تقديم أصحاب المعالي

الشيخ د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي

الشيخ د/ صالح بن عبد الله بن حميد

الشيخ/ محمد بن ناصر العبودي

الشيخ/ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ

تأليف

دبيان بن محمد الدبيان

المجلد الثامن

ح دبيان بن محمد الدبيان، ١٤٣٢هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الدبيان، دبيان محمد
المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. / دبيان محمد الدبيان .- الرياض، ١٤٣٢هـ
٥٨٠ص ؛ ١٧×٢٤سم.
ردمك: ٨ ـ ٧٤٨٠ ـ ٠٠ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (مجموعة) ج٨
١ ـ المعاملات (فقه إسلامي) أ.العنوان
ديوي ٢٥٣ ١٤٣٢/٤٧٠٦

١٤٣٤ هـ

الطبعة الثانية

للطلب الاتصال

بالاستاذ / فهد بن عبد العزيز الجوعي

ت/ ٠٠٩٦٦٥٠٤٨٨١١٩٤

المعاملات المالية

أصالة ومعاصرة

٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذا هو المجلد الثامن من هذه الموسوعة، والعقد الثاني من عقود المعاوضات، وقد اخترت أن يكون عقد السلم هو العقد التالي لعقد البيع، وذلك لأن عقد السلم وإن أخذ اسمًا خاصًا إلا أنه بيع من البيوع، فهو بيع لشيء موصوف في الذمة، مؤجل التسليم، ويعتبر عقد السلم من أهم عقود المعاوضات؛ باعتباره البديل المتفق عليه للربا المحرم، ولم يختلف الفقهاء في جواز عقد السلم، وقد قال ابن عباس: لما حرم الله الربا أباح السلم(١).

وقال الرازي: جميع المنافع المطلوبة من الربا حاصلة في السلم(٢).

لهذا عقدت فصلًا خاصًا بينت أهمية هذا العقد للمصارف الإسلامية.

وقد ألحقت بعقد السلم بعض العقود المشابهة، من ذلك عقد الاستصناع، والمقاولة، والتوريد، والمناقصة.

وإنما ألحقت هذه العقود بعقد السلم؛ لأن الجمهور يرون الاستصناع من بيع السلم، ويطبقون عليه شروط السلام خلافًا للحنفية.

وعقد المقاولة هو عقد استصناع أيضًا إن كانت المواد من المقاول، لذا أتبعت عقد المقاولة بعقد الاستصناع، وما يقال في عقد المقاولة يقال في عقد التوريد، فعقد التوريد تارة يكون سلمًا، وتارة يكون استصناعًا كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

---

(١) تفسير البغوي (١/ ٣٦٧).

(٢) التفسير الكبير (٧/ ٩٤).

وختمت هذا المجلد بعقد المناقصة باعتبار المناقصة طريقة يتم بها إنشاء عقد المقاولة وعقد التوريد.

وقد انتظمت بحوث هذا المجلد وفق الخطة التالية:

عقد السلم: وقد اشتمل على تمهيد، وأربعة أبواب، وتم تقسيم الأبواب إلى فصول ومباحث على النحو التالي:

التمهيد: واشتمل على تعريف السلم.

الباب الأول: في حكم السلم.

الفصل الأول: في الأدلة على مشروعية السلم.

الفصل الثاني: أهمية عقد السلم للمصارف الإسلامية.

الفصل الثالث: عقد السلم جاري على وفق القياس.

الفصل الرابع: السلم لا يدخل في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان.

الباب الثاني: في أركان السلم.

الفصل الأول: في الركن الأول (الصيغة).

المبحث الأول: في شروط الإيجاب والقبول.

المبحث الثاني: في انعقاد السلم بلفظ البيع.

المبحث الثالث: في اشتراط أن تكون صيغة عقد السلم باتة لا خيار فيها.

الفرع الأول: ثبوت خيار المجلس في عقد السلم.

الفرع الثاني: في اشتراط الخيار في عقد السلم.

الفرع الثالث: في اشتراط خيار الرؤية.

المبحث الثاني: في حكم السلم الموازي.

الباب الخامس: في عقد الاستصناع.

تمهيد: في تعريف الاستصناع وبيان مقوماته.

الفصل الأول: في توصيف عقد الاستصناع.

المبحث الأول: الفرق بين الاستصناع وبين السلم.

المبحث الثاني: الاستصناع بين العقد والوعد.

المبحث الثالث: الاستصناع عقد بيع أو إجارة.

المبحث الرابع: الإستصناع عقد لازم أو جائز.

الفصل الثاني: خلاف الفقهاء في عقد الإستصناع.

الفصل الثالث: في شروط عقد الإستصناع.

الشرط الأول: ذكر الجنس والنوع والقدر.

الشرط الثاني: أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس.

الشرط الثالث: في ذكر الأجل فيه.

عقد المقاولة: ويتكون من تمهيد وسبعة أبواب، والأبواب مقسمة إلى فصول، ومباحث وغيرها، على النحو التالي.

التمهيد: ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف المقاولة.

المبحث الثاني: في خصائص عقد المقاولة.

الباب الأول: في حقيقة المقاولة. ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: في التوصيف الفقهي لعقد المقاولة.

المبحث الأول: في توصيف العقد إذا كان العمل والمواد من المقاول.

المبحث الثاني: أن يقدم المقاول العمل فقط.

الفصل الثاني: في الحكم الفقهي للمقاولة.

الباب الثاني: في شروط المقاولة.

الباب الثالث: في الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة.

الفصل الأول: في التزام المقاول.

المبحث الأول: التزام المقاول بإنجاز العمل.

المبحث الثاني: التزام المقاول بشأن مواد العمل.

المبحث الثالث: تسليم العمل بعد إنجازه.

الفصل الثاني: في التزام رب العمل.

المبحث الأول: تمكين المقاول من إنجاز العمل.

المبحث الثاني: تسليم العمل بعد إنجازه.

المبحث الثالث: في دفع الأجرة المستحقة للمقاول.

الفرع الأول: في وقت امتلاك المقاول للأجرة.

الفرع الثاني: في شروط الأجرة.

الشرط الأول: في معرفة الأجرة.

الشرط الثاني: في اشتراط تعجيل الأجرة إذا كانت معينة.

الشرط الثالث: في تأجيل الأجرة إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة.

الشرط الرابع: في أجرة المقاول إذا كانت منفعة.

الباب الرابع: في ضمان المقاول.

الفصل الأول: في ضمان المقاول إذا كان متعهدًا بالمواد.

الفصل الثاني: في ضمان المقاول إذا كانت المواد من رب المال.

المبحث الأول: أن تكون العين في يد المقاول.

المبحث الثاني: في ضمان المقاول والعين في يد صاحبها.

الفصل الثالث: في صفة العيب المضمون.

الفصل الرابع: في كيفية الضمان إذا كانت المواد من المقاول.

الفصل الخامس: في كيفية الضمان إذا كانت المواد من رب العمل.

الفصل السادس: إذا حبس العين لاستيفاء الأجرة فتلفت.

الفصل السابع: في البراءة من العيب.

الباب الخامس: في المقاولة من الباطن.

الفصل الأول: في تعريف المقاولة من الباطن.

الفصل الثاني: في حكم عقد المقاولة من الباطن.

الفصل الثالث: في ضمان المقاول من الباطن.

الباب السادس: في الشرط الجزائي.

الفصل الأول: حكم اشتراط مثل هذا الشرط في العقود.

الفصل الثاني: في أخذ الشرط الجزائي على المقاول.

الفصل الثالث: في أخذ الشرط الجزائي على صاحب العمل.

الفصل الثاني: أن تكون السلعة موصوفة في الذمة.

المبحث الأول: أن تتطلب السلعة صناعة.

المبحث الثاني: أن تكون السلعة لا تتطلب صناعة.

المبحث الثالث: أن يتم توريد السلعة من دائم العمل.

الفصل الثالث: تأثير الظروف الطارئة على التزامات المقاول.

عقود المناقصات: ويشتمل على تمهيد، وثلاثة أبواب.

التمهيد: ويشتمل على مباحث:

المبحث الأول: تعريف المناقصة والعلاقة بينها وبين المزايدة.

المبحث الثاني: في خصائص عقد المناقصة.

المبحث الثالث: مقومات عقد المناقصة .

الباب الأول: في الإجراءات المتبعة في عقد المناقصة.

الباب الثاني: في الإيجاب والقبول.

الفصل الأول: تحديد الإيجاب والقبول في عقد المناقصة.

الفصل الثاني: في رجوع المتقدم بالعطاء عن إيجابه قبل رسو المناقصة.

الفصل الثالث: في تقديم الإيجاب الأكثر على الإيجاب الأقل.

الباب الثالث: في التوصيف الفقهي للمناقصة.

الفصل الأول: في حكم بيع دفتر الشروط.

الفصل الثاني: خطاب الضمان في عقد المناقصة.

المبحث الأول: التعريف بخطابات الضمان.

المبحث الثاني: أنواع الضمان في عقد المناقصة.

المبحث الثالث: في مصادرة مبلغ الضمان إذا سحب العارض عرضه قبل البت.

الفرع الأول: في حكم مصادرة الضمان الابتدائي.

الفرع الثاني: في حكم مصادرة الضمان النهائي.

الفصل الثالث: في حكم إجراء عقد المناقصة.

هذه آخر مسألة في خطة بحث المجلد الثامن، والحمد لله على عونه وتوفيقه، وسوف يلي هذه العقود إن شاء الله تعالى عقد الإجارة في المجلد التاسع، أسأل الله ﷻ العون والسداد.



عقد السلم

تمهيد
في تعريف السلم

تعريف السلم اصطلاحًا[(١)]:

السلم نوع من البيوع، إلا أنه لما كان له شروط خاصة أعطي اسمًا خاصًا.

وقد ذكر الفقهاء للسلم تعريفات عدة تختلف فيما بينها في بعض القيود تبعًا لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه.

فالفقهاء متفقون على أن السلم عقد[(٢)].

وبعضهم يصرح بأنه عقد بيع[(٣)].

ومتفقون أيضًا أن المبيع موصوف.

---

(١) السلم في اللغة، جاء في لسان العرب (١٢/ ٢٩٥): «السلم بالتحريك: السلف، وأسلم في الشيء، وسلم، وأسلف بمعنى واحد، والاسم: السلم».
وفي المصباح المنير (١/ ٢٨٦): «السلم في البيع مثل السلف وزنًا ومعنى».
والسلم في لغة العرب معناه: الإعطاء، يقال: أسلم الثوب إلى الخياط، وأسلم في البر، وأصله: أسلم الثمن فيه فحذف. انظر المغرب (ص٢٣٤).
والسلم: لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق. وسمي سلمًا لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفًا لتقديمه رأس المال عاجلًا، قبل تسليم المبيع.
انظر عمدة القارئ (١٢/ ٦١) كشاف القناع (٣/ ٢٨٨).

(٢) الإنصاف (٥/ ٨٤)، مواهب الجليل (٤/ ٥١٤)، شرح ميارة (٢/ ٧٩).

(٣) العناية شرح الهداية (٧/ ٦٩، ٧٠)، البحر الرائق (٦/ ١٦٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٩٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٨١).

ومتفقون أيضًا أن الموصوف غير معين: أي دين في الذمة، فلا يجوز في السلم أن يكون العقد على عين معينة، ولو كانت موصوفة؛ لأن العين لا تسمى سلمًا.

ويختلف الدين عن العين بأمرين هما:

الأول: في المتعلق، فالدين متعلق في الذمة، وقد يكون حالًا، وقد يكون مؤجلًا.

والعين يتعلق الحق بذاتها، وليس في الذمة، وقد تكون حاضرة، وقد تكون غائبة.

وبناء على هذا الفرق: فإن ما تعلق بالذمة لا يبطل، ولو تلف مال صاحبه كله؛ لأن متعلقه بالذمة لم يتعلق حقه بعين معينة، بينما العين إذا تلفت بغير تعد، ولا تفريط فقد فاتت على صاحبها؛ لأن حق صاحبها متعلق بعينها.

وكذلك من عليه دين فإن له قضاءه من أي ماله شاء، وإن لم يدفع عينه. بخلاف العين، فإن الحق يتعلق بذاتها لا بأمثالها.

الفارق الثاني: الحوالة والمقاصة لا تجري إلا في الديون؛ لأن الأعيان إنما تستوفى بذاتها لا بأمثالها.

هذا ما يتفق عليه الفقهاء في عقد السلم، وأما ما يختلفون فيه فإنهم يختلفون فيما يلي:

(١) يختلف الشافعية مع الجمهور: بأن الشافعية يصححون السلم حالًا ومؤجلًا بينما الجمهور يرون اشتراط الأجل في صحة السلم.

وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير الخلاف في السلم الحال.

(٢) يختلف المالكية مع الجمهور في تسليم الثمن في مجلس العقد.

فالجمهور يشترطون تسليم رأس المال في مجلس العقد، بينما المالكية أجازوا تأجيله اليوم واليومين والثلاثة؛ لخفة الأمر.

هذه هي الفروق، وواضح أن الحنفية والحنابلة متفقون على التعريف، وانفرد المالكية بجواز تأخير الثمن يومًا، أو يومين؛ لقرب الأمر، كما انفرد الشافعية بجواز أن يكون السلم حالًا.

إذا عرف هذا، نأتي إلى ذكر التعريفات:

عرفه الحنفية: بأنه بيع آجل بعاجل[١].

فقوله: (بيع): أخرج القرض، فإنه مبادلة عاجل بآجل، ولكنه على سبيل الإرفاق والإحسان، وليس على سبيل التكسب والمعاوضة.

وقوله (آجل) إشارة إلى أن الحنفية يشترطون الأجل في المسلم فيه، وقد خرج بهذا القيد كل بيع يجب فيه التقابض، كبيع الصرف، وبيع الأموال الربوية المتحدة في العلة، كبيع الذهب بالفضة، وبيع البر بالتمر، فإن هذه البيوع لا يجوز أن يسلم فيها؛ لأنه لا يجوز تأجيل المبيع.

ويؤخذ على التعريف: أنه لم يذكر قيد أن يكون المؤجل متعلقًا بالذمة، فإن المعين قد يكون مؤجلًا، ولا يسمى سلمًا، بل لا بد أن يكون المؤجل متعلقًا بالذمة، أي غير معين.

فمن اشترى سيارة زيد على أن يستلمها بعد شهر فهذا المبيع عين مؤجلة، ولا تتعلق بالذمة؛ لأن السلعة كما قلت معينة، ومن اشترى سيارة يستلمها بعد شهر صفتها كذا، وكذا، ولم يرد سيارة بعينها، فهذا المبيع دين مؤجل، ومحله

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٩٧)، العناية شرح الهداية (٧/ ٦٩، ٧٠)، البحر الرائق (٦/ ١٦٨).

الذمة، وإن كان الحنفية لا يجيزون تأجيل المعين، بل يجب أن يكون حالًا عندهم. وقد نص العيني في عمدة القارئ على أن يكون المسلم فيه موصوفًا في الذمة(١).

وقولهم (بعاجل) إشارة إلى وجوب تسليم الثمن في مجلس العقد؛ لأن تأجيل الثمن، والمبيع مؤجل يجعل العقد من باب بيع الدين بالدين المتفق على منعه، وهو ما يسمى ابتداء الدين بالدين.

تعريف المالكية:

عرفه القرطبي بقوله: «بيع معلوم في الذمة، محصور بالصفة، بعين حاضرة، أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم»(٢).

فهذا التعريف موافق لتعريف الجمهور إلا في قوله (أو ما هو في حكمها) أي في حكم العين الحاضرة، حيث يرى المالكية أنه يجوز تأخير قبض رأس مال السلم يومين، أو ثلاثة؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، بينما يرى الجمهور أنه لا يجوز التفرق قبل قبض الثمن في مجلس العقد.

تعريف الشافعية:

عرفه النووي بقوله: عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلًا(٣).

وعرفه بعض الشافعية: تسليم عاجل في عوض، لا يجب تعجيله(٤).

---

(١) عمدة القارئ (١٢/ ٦١).
(٢) الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٧٨).
(٣) شرح النووي لصحيح مسلم (١١/ ٤١).
(٤) فتح العزيز شرح الوجيز (٩/ ٢٠٧)، روضة الطالبين (٤/ ٣)، جواهر العقود للسيوطي (١/ ١١٥).

وهذا التعريف أكثر تعبيرًا عن قيود الشافعية، فقوله: لا يجب تعجيله، إشارة إلى جواز السلم الحال، والمؤجل.

وهذا التعريف موافق لتعريف الجمهور إلا أن الشافعية لم يشترطوا الأجل في المسلم فيه.

تعريف الحنابلة:

قال في المطلع: «عقد على موصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد»[1].

وبهذا يتبين لنا أن عقد السلم هو عكس بيع المرابحة المصرفية، فبيع المرابحة المصرفية يقوم على تسليم المبيع مقدمًا، وتأجيل الثمن في مقابل زيادة في الثمن نظير التأجيل، بينما عقد السلم يقوم على تسليم الثمن مقدمًا، وتأجيل المبيع، مقابل زيادة في مقدار المبيع، وفي صفته.

ويتكون عقد السلم مما يلي:

(١) مشتر ويسمى في لغة الفقهاء: (المسلم، أو يقال: رب السلم).

(٢) بائع، ويسمى: (المسلم إليه).

(٣) الثمن المقدم، ويسمى: (رأس مال السلم).

(٤) المبيع المؤجل ويسمى: (المسلم فيه، أو دين السلم).



---

(١) المطلع (ص٢٤٥).

الباب الأول
في حكم السلم

الفصل الأول
في الأدلة على مشروعية السلم

إذا جاز أن يثبت الثمن في الذمة، جاز أن يثبت المبيع في الذمة؛ لأنه أحد العوضين، فما جاز في الثمن جاز في المثمن.

[م-٦٨٨] الأدلة على مشروعية السلم:

الدليل الأول:

من الكتاب قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فالآية بعمومها تشمل جميع المداينات.

(ث-٩٢) فقد روى ابن أبي شيبة من طريق هشام الدستوائي، عن قتادة، عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس، قال: **أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى أن الله أحله، وأذن فيه، ثم قرأ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾** [البقرة: ٢٨٢][(١)].

[حسن][(٢)].

---

(١) المصنف (٤/ ٤٨١).

(٢) ومن طريق هشام أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (٢/ ٥٥٤)، والطبري في تفسيره (٣/ ١١٦). وأخرجه الشافعي في مسنده (ص١٣٨)، والحاكم في المستدرك (٣١٣٠) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٩) وفي معرفة السنن والآثار (٤/ ٤٠٢) من طريق أيوب. =

قال شيخ شيخنا عبد الرحمن السعدي رحمه الله: «فيها - يعني الآية - فوائد كثيرة، منها: جواز المعاملات في الديون، سواء كانت ديون سلم، أو شراء مؤجل ثمنه، فكله جائز؛ لأن الله أخبر به عن المؤمنين، فإنه من مقتضيات الإيمان، وقد أقرهم عليه الملك الديان»[(١)].

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، أخذ بعض العلماء من عموم الآية جواز السلم؛ باعتبار السلم نوعًا من البيع[(٢)].

الدليل الثالث:

(ح-٥١٢) ما رواه البخاري من طريق ابن أبي نجيح، عن عبد الله ابن كثير، عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين، والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**. ورواه مسلم[(٣)].

وفي رواية للبخاري: قدم النبي ﷺ، وهم يسلفون في الثمار السنتين،

= وأخرجه البيهقي (٦/ ١٨) من طريق شعبة.

كما أخرجه عبد الرزاق (١٤٠٦٤) من طريق معمر.

وأخرجه ابن حجر بإسناده في تغليق التعليق (٣/ ٢٧٦) من طريق همام بن يحيى.

كلهم عن قتادة به.

قال ابن حجر في التلخيص (٣/ ٣٢): «وقد علقه البخاري، وأوضحته في تغليق التعليق».

يقصد قول البخاري رحمه الله في صحيحه: «باب السلم إلى أجل معلوم. وبه قال ابن عباس، وأبو سعيد، والأسود، والحسن».

(١) تفسير السعدي (ص١١٨).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٥١٤).

(٣) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).

والثلاث، فقال: أسلفوا في الثمار في كيل معلوم، إلى أجل معلوم. ورواه مسلم[١].

وفي رواية للبخاري: من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم[٢].

الدليل الرابع:

(ح-٥١٣) روى البخاري بإسناده من طريق شعبة، عن ابن أبي المجالد قال: **اختلف عبد الله بن شداد بن الهاد، وأبو بردة في السلف، فبعثوني إلى ابن أبي أوفى ﷺ، فسألته فقال: إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وعمر في الحنطة، والشعير، والزبيب، والتمر. وسألت ابن أبزى، فقال مثل ذلك**[٣].

ورواه البخاري من طريق الشيباني، حدثنا محمد بن أبي المجالد، قال: **بعثني عبد الله بن شداد، وأبو بردة إلى عبد الله بن أبي أوفى ﷺ فقالا: سله، هل كان أصحاب النبي ﷺ في عهد النبي ﷺ يسلفون في الحنطة، قال عبد الله: كنا نسلف نبيط أهل الشام في الحنطة، والشعير، والزيت، في كيل معلوم، إلى أجل معلوم. قلت: إلى من كان أصله عنده؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك، ثم بعثاني إلى عبد الرحمن بن أبزى، فسألته، فقال: كان أصحاب النبي ﷺ يسلفون على عهد النبي ﷺ، ولم نسألهم، ألهم حرث، أم لا؟**[٤].

---

(١) البخاري (٢٠٩٤)، ومسلم (٣٠١٠).
(٢) البخاري (٢٠٦٨).
(٣) صحيح البخاري (٢٠٨٧).
(٤) البخاري (٢٠٨٨).

وهذا يدل على أن تعاطي السلم لم يكن فيه خلاف بين أصحاب النبي ﷺ في عصر التشريع وبعده.

الدليل الخامس:

من الإجماع، نقل الإجماع الشافعي، قال في الأم: «والسلف بالصفة والأجل ما لا اختلاف فيه عند أحد من أهل العلم حفظت عنه»[(١)].

وقال القرطبي رحمه الله: «والسلم بيع من البيوع الجائزة بالاتفاق، مستثنى من نهيه عليه السلام، عن بيع ما ليس عندك...»[(٢)].

وقال النووي: «أجمع المسلمون على جواز السلم»[(٣)].

وممن حكى الإجماع الزيلعي في تبيين الحقائق[(٤)]، وابن قدامة في المغني[(٥)]، وابن رشد في بداية المجتهد[(٦)]، وغيرهم.

وقال ابن حجر: «اتفق العلماء على مشروعيته، إلا ما حكي عن ابن المسيب»[(٧)].

ولا أدري ما صحة ما ينسب عن ابن المسيب، ذلك أن في مدونة مالك، ومصنف ابن أبي شيبة ما يدل على أنه يرى جواز السلم في الجملة[(٨)].

---

(١) الأم (٣/ ٩٤).
(٢) تفسير القرطبي (٣/ ٣٧٩)، وانظر الذخيرة للقرافي (٥/ ٢٢٤).
(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤١).
(٤) تبيين الحقائق (٤/ ١١٠).
(٥) المغني (٤/ ١٨٥).
(٦) بداية المجتهد (٢/ ١٥١).
(٧) فتح الباري (٤/ ٤٢٨).
(٨) المدونة (٤/ ٣)، والمصنف (٤/ ٣٩٣)، (٤/ ٢٧٢)، (٤/ ٤١٨).

الدليل السادس:

من القياس، فإنه إذا جاز أن يثبت الثمن في الذمة جاز أن يثبت المبيع في الذمة؛ لأنه أحد العوضين، فما جاز في الثمن جاز في المثمن.

الدليل السابع:

حاجة الناس إلى جواز السلم، والشريعة إنما جاءت لتلبية حاجة الناس فيما لا ظلم فيه، فأرباب الثمار وأصحاب الصناعات ربما احتاجوا إلى السيولة النقدية لتمويل مشاريعهم، وإكمالها، وإصلاح ثمارهم، وربما أعوزتهم النفقة، فجوز لهم السلم؛ ليرتفقوا بذلك، ويرتفق به من لديه فائض مالي يبحث عن استثماره وذلك في حصوله على سلع بسعر رخيص، سواء كانت حاجته للسلع للتجارة، أو للاستهلاك.



الفصل الثاني
أهمية عقد السلم للمصارف الإسلامية

قال ابن عباس: **لما حرم الله الربا أباح السلم**(١).

وقال الرازي: **جميع المنافع المطلوبة من الربا حاصلة في السلم...**(٢).

[م-٦٨٩] السلم في أصله عقد ينهض بوظيفة التمويل، وهو بذلك بديل للربا المتفق على تحريمه، وصالح لعمل البنوك الإسلامية من حيث مرونته، واستجابته لحاجات التمويل المختلفة، سواء أكان التمويل قصير الأجل، أم متوسطه، أم طويله، ويستطيع أن يلبي حاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء، سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين، أم الصناعيين، أم المقاولين، أم من التجار.

جاء في تفسير البغوي: «قال ابن عباس رضي الله عنهما: لما حرم الله الربا أباح السلم»(٣).

وجاء في تفسير الرازي لآية المداينة: «جميع المنافع المطلوبة من الربا حاصلة في السلم، ولهذا قال بعض العلماء: لا لذة، ولا منفعة، يوصل إليها بالطريق الحرام، إلا وضع الله تعالى لتحصيل مثل ذلك اللذة طريقًا حلالًا، وسبيلًا مشروعًا»(٤).

---

(١) تفسير البغوي (١/ ٣٦٧).
(٢) التفسير الكبير (٧/ ٩٤).
(٣) تفسير البغوي (١/ ٣٦٧).
(٤) التفسير الكبير (٧/ ٩٤).

فالبنك الإسلامي بإمكانه أن يشتري السلع المثلية، ويدفع الثمن حالًا، ويقبض الكمية التي اشترى بعد ستة أشهر، أو سنة، أو أكثر من ذلك، وتستطيع البنوك عند تسلم المسلم فيه (المبيع) أن تقوم ببيعه نقدًا، أو بالأجل، والبيع بالأجل ييسر على المشترين، ويحقق ربحًا جديدًا للبنك، ويستطيع البنك أن يبقى في إطار الوساطة المالية، ولا يعمل عمل التجار، فلا يضطر إلى استئجار مستودعات، ومخازن، وذلك بالدخول في عقد سلم موازٍ، يكون فيه المصرف بائعًا بعد أن كان مشتريًا في العقد الأول، ويبيع تلك السلعة المثلية بالوصف، وليس عين ما اشتراه؛ لأنه لا يجوز البيع قبل قبض السلعة، ويجعل أجل التسليم مماثلًا لما اشترى، وعندئذ يتمثل ربح البنك في الفرق بين سعر شرائه وسعر بيعه.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: «تعددت مجالات تطبيق عقد السلم، ومنها ما يلي:

أ- يصلح عقد السلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم، أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها، ويسلموها إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعًا بالغًا، ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عن تحقيق إنتاجهم.

ب- يمكن استخدام عقد السلم في تمويل النشاط الزراعي، والصناعي، ولاسيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج وتصدير السلع والمنتجات الرائجة، وذلك بشرائها سلمًا، وإعادة تسويقها بأسعار مجزية.

ج- يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين، وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات، وآلات،

أو مواد أولية، كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم، وإعادة تسويقها»[١].

لهذا يجب على المصارف الإسلامية، والباحثين والمتخصصين في التمويل الإسلامي النظر إلى عقد السلم كبديل عملي للإقراض الربوي.

فيتفق التمويل بالسلم مع التمويل الربوي بما يلي: أن الممول بعقد السلم يستطيع أن يدفع مالًا حاضرًا (رأس مال السلم) ليحصل على مبيع بثمن أرخص من قيمته الحاضرة، فكأنه دفع مالًا أقل، ليأخذ أكثر مقابل التأجيل.

وهو بهذا يتفق مع البنك الربوي الذي يدفع أقل، ليأخذ أكثر في مقابل التأجيل. إلا أنه يختلف عن التمويل الربوي بما يلي:

(١) أن الواسطة في تمويل السلم هي السلع الموصوفة في الذمة، بينما الواسطة لدى البنوك التقليدية هي النقود، وليست السلع. وهذا فارق جوهري، فالتمويل في عقد السلم يؤدي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية من سلع صناعية، أو زراعية، بخلاف الاتجار بالنقود، فهو لا يخدم سوى أصحاب رؤوس الأموال فقط، ليكون المال دولة بين الأغنياء.

(٢) إذا تعذر تسليم السلعة في عقد السلم، واختار البنك، أو المشتري عدم فسخ العقد، وإمهال البائع، فإنه لا يجوز له أن يأخذ مقابل التأجيل أية فوائد، أو زيادة في صفة المبيع، أو في كميته، بل ينظر البائع في إرفاق يشبه القرض إلى أن يتمكن من توفير السلعة، بخلاف التمويل الربوي فإنه يحسب فائدة على المدة التي يتأخر فيها عن التسديد، ولو كان التأخر لظروف خارجة عن إرادته.

---

(١) قرار رقم ٨٥ (٢/ ٩) بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة.

(٣) التمويل في عقد السلم معرض للربح، والخسارة، فقد تهبط السلع في وقت التسليم، ويكون ثمنها أرخص من ثمنها وقت الشراء، ويكون ذلك من صالح البائع، وقد يحصل العكس، فقد ترتفع قيم السلع، فيتضاعف الربح، ويكون هذا من صالح المشتري، فالحصول على الربح أمر محتمل وليس مؤكدًا، وهذه طبيعة التجارة، بل طبيعة التمويل، والاستثمار في الاقتصاد الإسلامي. وهذا يحقق العدل، والمساواة بين طرفي العقد، فليس هناك طرف يمكنه الحصول على ربح مضمون، بل كلا الطرفين معرض للربح والخسارة.

أما التمويل الربوي فهو لا يعرض نفسه للمخاطر، فهو يدفع نقودًا ليأخذها مضافًا إليها الفائدة الربوية، سواء ربح متلقي التمويل، أم خسر.

هذه أهم الفروق بين التمويل في عقد السلم، وبين التمويل في عقد الربا.



الفصل الثالث
عقد السلم جار على وفق القياس

[م-٦٩٠] بعد اتفاق الفقهاء على جواز عقد السلم، فقد اختلفوا هل هذه الإباحة متفقة مع القياس، وقواعد الشريعة، أم أنها مخالفة للقياس، وإنما شرع على سبيل الرخصة على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن عقد السلم شرع رخصة، وأنه مخالف للقياس، وأنه مستثنى من النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده(١).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول:

(ح-٥١٤) ما يروى عن النبي ﷺ من النهي عن بيع ما ليس عند البائع، ورخص في السلم(٢).

[لا أصل له بهذا اللفظ، قال في العناية: هذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء](٣).

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: البحر الرائق (٦/ ١٦٩)، المبسوط (٢١/ ٩٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح (ص٣١٦).
وفي مذهب المالكية: حاشية الدسوقي (٣/ ١٩٥)، مواهب الجليل (٤/ ٥١٤).
وفي مذهب الشافعية: كفاية الأخيار (١/ ٢٩٤)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٩٠)، أسنى المطالب (٢/ ١٢٢).
وفي مذهب الحنابلة: مطالب أولي النهى (٣/ ٥٨١)، المغني (٤/ ١٩٣).

(٢) انظر المبسوط (١٢/ ١٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢)، تفسير القرطبي (٣/ ٣٧٩).

(٣) جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٩٤) قال: محمد بن العز الحنفي في =

الدليل الثاني:

السلم على خلاف القياس؛ لأنه من بيع المعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز.

قال ابن نجيم: «وأما شرائط المعقود عليه: فأن يكون موجودًا... وأن يكون مقدور التسليم، فلم ينعقد بيع المعدوم»[١].

ويقول الكاساني في الكلام على شروط انعقاد البيع: «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع، منها أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع المعدوم...»[٢].

وفي الفتاوى الهندية: «وأما شرائط الانعقاد، فأنواع: منها في العاقد... ومنها في المبيع، وهو أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع المعدوم...»[٣].

وقال القرافي المالكي في الفروق: «بيع المجهول الموجود باطل قطعًا، فيبطل بطريق الأولى بيع المعدوم»[٤].

= حواشي الهداية: هذا اللفظ هكذا لم يرو من أحد من الصحابة في كتب الحديث، وكأنه من كلام واحد من الفقهاء».
وجاء في فتح القدير (٧/ ٧١): «الذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، رواه أصحاب السنن الأربعة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عنه ﷺ لا يحل سلف وبيع، إلى أن قال: ولا بيع ما ليس عندك.
قال الترمذي: حسن صحيح، وتقدم.
والرخصة في السلم رواه الستة، عن أبي المنهال، عن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث».

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٧٩).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨).
(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ٢).
(٤) الفروق (٣/ ٢٩٦).

وقال الشيرازي في المهذب: «ولا يجوز بيع المعدوم، كالثمرة التي لم تخلق...»[(١)].

وقال النووي في المجموع: «بيع المعدوم باطل بالإجماع...»[(٢)].

ويقول ابن قدامة في الكافي: «ولا يجوز بيع المعدوم؛ **لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر.** رواه مسلم»[(٣)].

فلما جاز بيع السلم، وهو من بيع المعدوم، كان ذلك دليلًا على أنه على خلاف القياس.

ويناقش:

صحيح أن السلم قد يكون من بيع المعدوم؛ لأن المسلم فيه قد لا يكون موجودًا وقت العقد، لكن السلم ليس من بيع المعدوم الممنوع؛ لأن جمهور الفقهاء الذين جوزوا أن يكون المسلم فيه غير موجود وقت العقد، اشترطوا أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل، وهذا يخرجه من المعدوم الممنوع بيعه، ويدخله في المعدوم الجائز بيعه.

قال ابن القيم: «ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة؛ فليست العلة في المنع لا العدم، ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو: ما لا يقدر على تسليمه، سواء

---

(١) المهذب (١/ ٢٦٢).

(٢) المجموع (٩/ ٣١٠).

(٣) الكافي (٢/ ١٠).

كان موجودًا، أو معدومًا، كبيع العبد الآبق، والبعير الشارد، إن كان موجودًا . . . »[١].

وبيع المعدوم لا يخرج عن ثلاثة أحوال:

إما أن يكون المبيع فيه محقق العدم، فليس في هذا البيع غرر، والبيع باطل بداهة؛ لاستحالة التنفيذ.

وإما أن يكون المبيع محقق الوجود عند التسليم، فلا غرر أيضًا، والبيع صحيح. ومنه السلم، فإن الشارع أجازه؛ لأن المبيع فيه محقق الوجود عادة في المستقبل.

وإما أن يكون المبيع مجهول الوجود؛ وهذا ممنوع لوجود الغرر.

وعليه نقول: المعدوم الذي فيه غرر لا يجوز بيعه، ولكن ليس كل معدوم يخفى علينا عاقبته؛ لأن من المعدوم ما لا غرر في بيعه، ولا تخفى علينا عاقبته، كما في بيع الأشياء المعدومة وقت العقد، ولكنها متحققة الوجود في المستقبل بحسب العادة، كما في السلم، والاستصناع، وبيع الأشياء المتلاحقة الوجود[٢].

القول الثاني:

ذهب ابن حزم، وابن تيمية، وابن القيم بأن السلم جاء على وفق القياس.

واختلفوا في توجيه ذلك: فابن حزم نزع - كعادته - إلى الظاهرية، ونفى أن يكون السلم بيعًا، لا من حيث اللفظ، ولا من حيث المعنى:

---

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٧).

(٢) انظر كتاب الغرر وأثره في العقود - الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير (ص٣٥٥)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (١/ ٣٨٠).

أما اختلاف اللفظ بين البيع وبين السلم، والسلف فظاهر، وهو يرى أن الأسماء توقيفية، فالشارع لم يسمه بيعًا، وإنما سماه سلمًا أو سلفًا، فتسميته بيعًا مخالف للتسمية التوقيفية من لدن الشارع.

وأما اختلاف السلم عن البيع من حيث المعنى:

فالبيع يجوز حالا، ويجوز مؤجلًا، والسلم عنده لا يجوز إلا مؤجلًا.

والبيع لا يجوز فيما ليس عند البائع. والسلم يجوز فيما ليس عند البائع.

والبيع لا يجوز إلا بشيء بعينه، والسلم لا يجوز بشيء بعينه أصلًا.

وإذا كان السلم ليس بيعًا، فلا يكون داخلًا في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، حتى يستثنى منه السلم، بل السلم أصل قائم بنفسه، توافرت الأدلة على مشروعيته[١].

ويرد على ابن حزم: بأن السلم ليس من البيع المطلق هذا صحيح، ولكنه نوع من البيع، فالصرف له اسم خاص، وله شروط خاصة، وليس من البيع المطلق، ومع هذا سماه الشارع بيعًا، فقال: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل) وكون الشارع خصه باسم السلف؛ لأن السلف الذي هو تقديم الثمن شرط في صحته، بخلاف البيع المطلق، فلما كان من شروطه تقديم الثمن أعطي اسمًا خاصًا، وإلا فهو بيع، فالبيع جنس يدخل فيه أنواع كثيرة من البيوع، منها السلم، ومنها الصرف، وهو خاص في بيع الأثمان بعضها ببعض، ومنها المقايضة، وهي بيع العروض بعضها ببعض.

وأدلة ابن حزم التي ساقها غاية ما فيها أنها توجد فرقًا بين البيع المطلق، وبين

---

(١) المحلى، مسألة (١٦١٣).

السلم، وهذا غير كاف؛ لكون السلم ليس بيعًا، كما أن الصرف سمي بيعًا، ويشترط له من الشروط ما لا يشترط في البيع المطلق.

ولأن البيع، والسلم يتفقان على أن حقيقتهما مبادلة مال بمال، على سبيل التملك. وهذه حقيقة البيع الاصطلاحية.

استدلال ابن تيمية وابن القيم:

يرى ابن تيمية، وابن القيم أن السلم جار على وفق القياس، بل قالا: من رأى شيئًا من الشريعة مخالفًا للقياس، فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه، وليس مخالفًا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر. نعم في الشريعة ما يخالف القياس الفاسد، وإن كان من الناس من لا يعلم فساده، فالسلم جار على وفق القياس، وذلك أن السلم المؤجل دين من الديون، فكما أن الثمن قد يؤجل في الذمة، وهو أحد العوضين، فكذلك المثمن قد يؤجل في ذمة البائع، فأي فرق بين كون أحد العوضين يصح أن يكون مؤجلًا في الذمة، ولا يصح أن يكون العوض الآخر مؤجلًا في الذمة.

فالسلم بيع مضمون في الذمة، موصوف، مقدور على تسليمه غالبًا، فهو كالمعاوضة على المنافع في الإجارة، فقياس السلم على بيع العين المعدومة، لا يدرى أيقدر على تحصيلها، أم لا؟ والمشتري منها على غرر من أفسد القياس، وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه، ولا هو مقدور له، وبين السلم إليه في مغل مضمون في ذمته، مقدور في العادة على تسليمه، فالجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمذكى[1].

(١) انظر مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩)، زاد المعاد (٥/ ٨١١)، إعلام الموقعين (١/ ٣٥٠) و(٢/ ١٩).

واعترض على ذلك:

قياس المبيع على الثمن قياس مع الفارق، يقول ابن الهمام: «الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده، فانعدامه يوجب انعدام البيع، بخلاف الثمن، فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع، فقد تحقق البيع شرعًا مع عدم وجود الثمن؛ لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن، لا عين الثمن»[١].

ويجاب:

بأننا نتفق أنه لا يجوز أن يكون كل من الثمن والمثمن دينًا في الذمة، وإلا صار من باب بيع الدين بالدين، فالواجب في كل البيوع إذا كان أحد العوضين دينًا في الذمة أن يكون العوض الآخر متعينًا، وليس دينًا.

فإذا تعين الثمن، وسلِّم في مجلس العقد، وصار المبيع دينًا في الذمة، كما هو في السلم كان على وفق القياس تمامًا، كما لو كان الثمن دينًا في الذمة، والمثمن متعينًا في مجلس العقد، والقول بأن المبيع هو المقصود في العقد ليس صحيحًا، فالمبيع مقصود للمشتري، كما أن الثمن مقصود للبائع.

❑ الراجح من الخلاف:

أعتقد أن الحق وسط بين قول الجمهور وقول ابن تيمية: فالسلم عقد يتجاذبه مبيح وحاظر، فالمبيح أن المبيع ليس شيئًا معينًا، وإنما هو في الذمة، وما يستقر في الذمة فليس عرضة للتلف، فهو دين من الديون. وأما المانع فهو كون المسلم فيه قد لا يوجد، وإن كانت العادة وجوده، ولكن ذلك أمر مستقبلي غيبي، ولهذا

---

(١) فتح القدير (٧/ ٧٢).

بحث الفقهاء عن خيارات المشتري فيما لو عجز البائع عن تقديم المبيع وقت التسليم، فليس بيع السلم بمنزلة بيع العين الحاضرة، ولكن كونه من عقود الغرر، لا يعني أن إباحته ليست على وفق القياس، فالغرر منه ما هو مباح مطلقًا، كالغرر اليسير، والغرر التابع، ومنه ما هو محرم تبيحه الحاجة، كالغرر الكثير إذا كانت هناك حاجة عامة إليه، والمقصود بالحاجة العامة أي حاجة عامة المزارعين، أو الحرفيين، وليس المقصود كافة الناس، ولا شك أن حاجة الناس إلى السلم اليوم أشد من حاجتهم إليه وقت التشريع، فقد كان المزارعون من الصحابة فقراء يحتاجون إلى المال لاستصلاح حرثهم ومزارعهم، وكان الأغنياء يسلفون منهم الثمار السنة، والسنتين، وكانت التجارة ميسرة، وبسيطة، وخالية من التعقيد، وتدخل الدولة في التجارة كان محدودًا جدًا بالقدر الذي يمنع من الغش، ويقيم العدل، أما اليوم ومع تعقيد التجارة، وفرض قيود، ومكوس على من يريد أن يمارسها، وأصبحت الدول تتدخل في جميع تفاصيلها، وانتشر الاحتكار، وتوفر التمويل الربوي في أصقاع الأرض، تكون الحاجة إلى مشروعية السلم حاجة لا تخص فئة خاصة من المزارعين، أو الصناعيين، بل تلبي حاجة قائمة لدى مختلف شرائح المجتمع، فغالب الناس اليوم بحاجة إلى تمويل مباح يفي بحاجاتهم دون الوقوع في محذور شرعي.

والمعاملات المالية ليست كالعبادات، فقد يتنازع المعاملة الواحدة موجبان، أحدهما يبيحها، والآخر يمنعها، ويراعي الشارع أقوى الداعيين، فليس من شرط المعاملة المباحة أن تكون خالية من أي داع للتحريم، المهم ألا يكون هذا الداعي هو الأقوى، كما في الخمر، فإن فيها إثمًا كبيرًا، ومنافع للناس، وعندما كان الإثم أكبر لم ينظر إلى المنافع، ولو كانت المنافع أكثر لم ينظر إلى الإثم، وهكذا معاملات الناس، والله أعلم.

الفصل الرابع
السلم لا يدخل في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان

[م-٦٩١] ورد النهي عن بيع ما ليس عند البائع، وأصح هذه الأحاديث حديث عبد الله بن عمرو.

(ح-٥١٥) فقد روى أبو داود الطيالسي من طريق حماد بن زيد، عن أيوب، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، **عن عبد الله بن عمرو، قال: نهى رسول الله ﷺ عن سلف، وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن**[(١)].

[إسناده حسن][(٢)].

وأما حديث حكيم بن حزام، وإن كان أشهر من حديث عبد الله بن عمرو إلا أن فيه اختلافًا في ألفاظه.

(ح-٥١٦) فقد رواه أحمد من طريق أبي بشر، عن يوسف بن ماهك، عن حكيم بن حزام، قال: قلت يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق؟ فقال: **لا تبع ما ليس عندك**.

[وهذا إسناد منقطع يوسف لم يدرك حكيم بن حزام].

ورواه أبو داود الطيالسي، من طريق يوسف بن ماهك، عن عبد الله بن عصمة، عن حكيم بن حزام، قال: قلت: يا رسول الله إني أشتري بيوعًا، فما يحل لي، وما يحرم علي؟ فقال لي: **إذا بعت بيعًا فلا تبعه حتى تقبضه**[(٣)].

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (٢٢٥٧).

(٢) سبق تخريجه، انظر (ح٢٣٢).

(٣) مسند أبي داود الطيالسي (١٣١٨).

وهذا مختلف في موضوعه عن اللفظ السابق، فاللفظ السابق في بيع ما ليس عنده، وهذا في التصرف في المبيع قبل قبضه، وإن كان عنده.

[وفي إسناده عبد الله بن عصمة لم يوثقه إمام معتبر، فالإسناد ضعيف].

ورواه عطاء بن أبي رباح، عن عبد الله بن عصمة، عن حكيم بن حزام، قال: قال رسول الله ﷺ: **لا تبع طعامًا حتى تشتريه وتستوفيه**.

رواه الشافعي، وأحمد، والنسائي، والبيهقي وغيرهم، واللفظ للنسائي.

وهذا اللفظ أخص من اللفظ السابق؛ لأن اللفظ السابق نهاه عن بيع الشيء قبل قبضه، وهنا نهاه عن بيع الطعام الذي فيه توفية حتى يستوفيه، أي حتى يكيله، ولكنه من المؤكد ليس في النهي عن بيع ما ليس عنده.

وقد توبع عبد الله بن عصمة تابعه على هذا اللفظ عبد الله بن محمد ابن صيفي، وحزام بن حكيم، لهذا أرى أن هذا هو المحفوظ في إسناده أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يستوفى، وله شواهد كثيرة بعضها في الصحيحين، وقد سبق تخريج كل هذه الطرق فأغنى عن إعادتها هنا(١).

وقد اختلف الناس في تفسير حديث: **(لا تبع ما ليس عندك)** إلى ثلاثة أقوال، ذكرها ابن تيمية في مواضع من كتبه، ونقله عنه موافقًا له تلميذه ابن القيم في أحد قوليه(٢)، خلاصتها:

---

(١) انظر تخريج هذه الأحاديث (ح٢٣١).

(٢) نقل ابن القيم رحمه الله كلام شيخه موافقًا له في زاد المعاد (٥/ ٨١١)، وخالف الشافعي في قوله بأن حديث حكيم بن حزام في بيع الأعيان.

وقال في إعلام الموقعين (٢/ ١٩): «قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام: **لا تبع ما ليس عندك**، يحمل على معنيين: =

القول الأول:

ذهب الشافعي إلى أن حديث حكيم بن حزام ﷺ إنما ينهى عن بيع الأعيان المعينة، ليكون بيع الموصوف في الذمة ليس داخلًا تحته، وبناء على هذا القول لا يدخل السلم في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان(١).

قال الشافعي: «لما نهى رسول الله ﷺ حكيمًا عن بيع ما ليس عنده، وأذن في السلف (السلم) استدللنا على أنه لا ينهى عما أمر به، وعلمنا أنه إنما نهى حكيمًا عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضمونًا عليه، وذلك بيع الأعيان»(٢).

= أحدهما: أن يبيع عينًا معينة، وهي ليست عنده، بل ملك للغير، فيبيعها، ثم يسعى في تحصيلها، وتسليمها إلى المشتري.
والثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن كان في الذمة، وهذا أشبه، فليس عنده حسًا، ولا معنى، فيكون قد باعه شيئًا لا يدري هل يحصل له أم لا؟...».

(١) قال الشافعي كما في مختصر المزني (ص٥٥٣): «أما حديث حكيم بن حزام، فإن رسول الله ﷺ نهاه، والله أعلم عن أن يبيع شيئا بعينه لا يملكه، والدليل على أن هذا معنى حديث حكيم ابن حزام - والله أعلم - حديث أبي المنهال، عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ أمر من أسلف في تمر سنتين، أو ثلاثا، أن يسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم. وهذا بيع ما ليس عند المرء، ولكنه بيع صفة مضمونة على بائعها، وإذا أتى بها البائع لزمت المشتري، وليست بيع عين، بيع العين إذا هلكت قبل قبض المبتاع انتقض فيها البيع، ولا يكون بيع العين مضمونًا على البائع، فيأتي بمثله إذا هلكت».
وقال ابن دقيق العيد في إحكام الأحكام (٣/ ١٧٨): «الصورة الرابعة دل عليها قوله ﷺ (**ولا بيع ما ليس عندك**)، مثاله: أن يبيع منه متاعًا لا يملكه، ثم يشتريه من مالكه، ويدفعه إليه، وهذا فاسد؛ لأنه باع ما ليس في ملكه حاضرًا عنده، ولا غائبًا في ملكه، وتحت حوزته، قال العلامة البغوي في شرح السنة: هذا في بيوع الأعيان، دون بيوع الصفات، فلذا قيل: السلم في شيء موصوف، عام الوجود عند المحل المشروط يجوز، وإن لم يكن في ملكه حال العقد...».
وانظر الأم (٣/ ٩٧)، ومختصر المزني (ص٩٠).
(٢) الأم (٣/ ٩٤).

وهو أحد القولين عن ابن القيم، قال ابن القيم في تهذيب السنن: «ظن طائفة أن السلم مخصوص من عموم هذا الحديث - يعني حديث حكيم بن حزام - فإنه بيع ما ليس عنده، وليس كما ظنوه، فإن الحديث تناول بيع الأعيان، وأما السلم فعقد على ما في الذمة، بل شرطه أن يكون في الذمة، فلو أسلم في معين عنده كان فاسدًا»[١].

فهذا ذهاب من ابن القيم إلى أن حديث حكيم بن حزام في بيع الأعيان.

وهذا القول هو أرجح الأقوال.

اعتراض ابن تيمية:

أجاب ابن تيمية على قول الشافعي بأن هذا التفسير ضعيف جدًا، فإن حكيم بن حزام ما كان يبيع شيئًا معينًا، هو ملك لغيره، ثم ينطلق فيشتريه منه، ولا كان الذين يأتونه يقولون له: نطلب عبد فلان، أو دار فلان، وإنما الذي يفعله الناس، أن يأتيه الطالب، فيقول: أريد طعام كذا، وكذا، وثوبًا صفته كذا وكذا، فيقول: نعم أعطيك، فيبيعه منه، ثم يذهب، فيحصله من عند غيره إذا لم يكن عنده، ولهذا قال: يأتيني، فيطلب البيع ليس عندي، لم يقل: يطلب مني ما هو مملوك لغيري.

فالطالب قد طلب الجنس، ولم يطلب شيئًا معينًا، كما جرت عادة الطالب.

ويجاب عن اعتراض ابن تيمية:

كلام ابن تيمية رحمه الله تعالى يصح توجيهه لو كان حديث حكيم ابن حزام محفوظًا باللفظ الذي استشهد به ابن تيمية رحمه الله، وإذا كان المحفوظ في حديث

---

(١) تهذيب السنن (٩/ ٢٩٩).

حكيم - كما بينته عند تخريج الحديث - إنما هو بالنهي عن بيع الطعام حتى يستوفى، لم يكن فيه دليل على اشتراط وجود المسلم فيه مملوكًا عند البائع، وإنما النهي عن بيع ما ليس عندك ثبت من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وليس فيه القصة التي ذكرها حكيم، وهو مطلق، ويمكن حمله على النهي عن بيع شيء معين لا يملكه، كما حمله الإمام الشافعي رحمه الله تعالى.

وسوف يأتي إن شاء الله تعالى مزيد بسط لهذه المسألة في بحث: خلاف العلماء في السلم الحال، في هذا البحث.

القول الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن عموم حديث لا تبع ما ليس عندك يقتضي النهي عن بيع ما في الذمة إذا لم يكن عنده، وهو يتناول النهي عن السلم مطلقًا، لكن جاءت الأحاديث في جواز السلم المؤجل، وبقي النهي عن السلم الحال، وعليه يكون السلم المؤجل قد استثني من بيع ما ليس عند البائع. وبقي النهي عن بيع ما ليس عند البائع يشمل أمرين:

بيع المعين مما ليس مملوكًا له.

وبيع الموصوف في الذمة إذا كان حالًا، وهو ما يسمى بالسلم الحال(١).

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الحجة محمد بن الحسن (٢/ ٦١٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٣).
وأما في مذهب المالكية، فجاء في المدونة (٤/ ٣٠): «قال مالك: كل من اشترى طعامًا، أو غير ذلك، إذا لم يكن بعينه، فنقد رأس المال، أو لم ينقد، فلا خير فيه، طعامًا كان ذلك، أو سلعة من السلع، إذا لم تكن بعينها، إذا كان أجل ذلك قريبًا يومًا، أو يومين، أو ثلاثة فلا خير فيه، إذا كانت عليه مضمونة؛ لأن هذا الأجل ليس من آجال السلم... فإن كانت سلعة بعينها، وكان موضعها قريبًا اليوم، واليومين، ونحو ذلك طعامًا كان، أو غيره، فلا بأس بالنقد فيه». =

قال الجصاص: «ومنه ما روي أن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله، إني أرى الشيء في السوق ثم يطلبه مني طالب، فأبيعه، ثم أشتريه، فأسلمه، فقال ﷺ: **لا تبع ما ليس عندك**. فهذا عموم في كل بيع لما ليس عند الإنسان سواء، كان عينًا، أو في الذمة»[١].

القول الثالث:

يرى ابن تيمية أن حديث: (**لا تبع ما ليس عندك**) يشمل النهي عن أمرين:

الأول: النهي عن بيع المعين إذا لم يكن عنده.

الثاني: يشمل النهي عن بيع السلم الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه، لأنه سيكون البائع غير قادر على تسليمه، فإن كان عنده وقت العقد جاز السلم الحال[٢].

= وجاء في المعونة (٢/ ٩٨٨): «وإنما قلنا: إن الأجل شرط في السلم، وأنه لا يجوز أن يكون حالًا خلافًا للشافعي لقوله ﷺ: **فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم**».

وانظر الذخيرة (٥/ ٢٥٣)، والجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٧٩).

وفي بلغة السالك (٣/ ١٧٢): «والحاصل أن السلم لا بد أن يؤجل بأجل معلوم، أقله نصف شهر...».

وفي مذهب الحنابلة، قال في الإنصاف (٥/ ٩٨): «فإن أسلم حالًا، أو إلى أجل قريب كاليوم، ونحوه لم يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب.

وذكر في الانتصار رواية: يصح حالًا، واختاره الشيخ تقي الدين إن كان في ملكه، قال: وهو المراد بقوله عليه أفضل الصلاة والسلام لحكيم بن حزام ﷺ، (**لا تبع ما ليس عندك**) أي ما ليس في ملكك، فلو لم يجز السلم حالًا، لقال: لا تبع هذا، سواء كان عندك، أولا..».

وانظر الكافي (٢/ ١١٢)، المبدع (٤/ ١٨٩).

(١) الفصول في الأصول (١/ ٣٤٥).

(٢) انظر تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء (٢/ ٦٩٢).

وإذا كان النهي عن بيع ما ليس عند البائع يرجع إلى عدم القدرة على التسليم، فإن من شروط السلم أن يكون قادرًا على التسليم عند حلول أجله فلا يدخل في النهي عن بيع ما ليس عند البائع.

❑ الراجح:

أرى أن الراجح في ذلك قول الشافعي ﷺ، وأن حديث حكيم ابن حزام بلفظ: الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق؟ فقال: لا تبع ما ليس عندك، أن هذا اللفظ غير محفوظ، وأن السلم الحال والمؤجل غير داخل في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وأن السلم عقد انقلب فيه الثمن إلى مبيع، والمبيع إلى ثمن.

توضيح ذلك:

أن من طبيعة المبيع أن يكون معينًا.

ومن طبيعة الثمن عدم التعيين أي أن يكون في الذمة، كما لو كان الثمن نقودًا. هذا هو الأصل في البيع، وفي هذه الصورة لا خلاف أنه لو سلَّم المبيع، وأجل الثمن فلا حرج في ذلك، ولا يدخل في حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان.

وقد يأتي البيع على خلاف الأصل.

فيتعين كلٌ من المبيع، والثمن، كما في بيع المقايضة، فحين يكون البيع مبادلة عروض بعروض، سيارة بسيارة، أو بيت ببيت. فهنا كلٌ من المبيع والثمن يجب تعيينهما، وكل منهما صالح لأن يكون ثمنًا، والآخر مبيعًا.

وقد يكون كل من المبيع والثمن لا يقبلان التعيين، كما في عقد الصرف، لهذا وجب التقابض في مجلس العقد؛ لكي يتعين كل واحد منهما بالقبض، وكل منهما صالح لأن يكون مبيعًا، وثمنًا.

أما عقد السلم فقد انقلب إلى وجوب تعيين الثمن ليكون بمنزلة المبيع، لذا اشترط أن يكون التسليم في مجلس العقد، وعدم تعيين المبيع ليكون بمنزلة الثمن. ولهذا اشترطوا أن يكون المبيع مثليًا ليكون على صفة الثمن. هذا كل ما في الأمر، وتأجيل الثمن، وتقديم المثمن لا نزاع فيه، وعلى وفق القياس، فإذا لوحظ هذا في عقد السلم لم نكن بحاجة إلى أن نقول: إن السلم مستثنى من بيع ما ليس عند البائع.

وقد بحثت هذه المسألة بشيء من التوسع عند الكلام على موانع البيع، وذلك عند الكلام عن مسائل الغرر التي تعود إلى عدم القدرة على تسليم المبيع، فارجع إليه إن شئت، وسيأتي بقية أخرى من الكلام على هذه المسألة عند الكلام عن السلم الحال، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.



الباب الثاني
في أركان السلم

[م-٦٩٢] السلم عقد من العقود، وكل عقد لا بد له من أركان يقوم عليها، وهو على الصحيح عقد بيع، فأركان البيع هي أركان السلم، وقد سبق الكلام عن أركان البيع.

وقد وقع خلاف بين الحنفية، والجمهور في تحديد الركن.

فالحنفية يرون أن الركن هو جزء الماهية(١).

والجمهور يرون أن الركن ما لا يتم الشيء إلا به، سواء أكان جزءًا منه، أم لازمًا له(٢).

وبناء على هذا الاختلاف اختلفوا في أركان السلم:

فقيل: أركان السلم هي الصيغة فقط (الإيجاب، والقبول)، وهذا مذهب الحنفية(٣).

وجهه: أن الركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءًا داخلًا في حقيقته، وهذا خاص في الإيجاب، والقبول، أما العاقدان، والمعقود عليه، فهي من لوازم العقد، وليست جزءًا من حقيقة العقد، وإن كان يتوقف عليها وجوده.

---

(١) البحر الرائق (١/ ٣٠٦).

(٢) انظر الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/ ٥٤٢)، أسنى المطالب (١/ ١٤١).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١)، فتح القدير (٧/ ٧٠)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٧٨)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٤)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ٢)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤)، مجلة الأحكام العدلية (١٤٩).

وقيل: أركان السلم ثلاثة:

(١) الصيغة (الإيجاب، والقبول).

(٢) والعاقدان (البائع، والمشتري).

(٣) والمحل (المعقود عليه من مبيع، وثمن)، وهذا مذهب الجمهور[١].

ومذهب الحنفية أجود، وأدق، والجمهور لا يطردون في تحديد الأركان، فاللوازم تارة يعتبرونها من الأركان، وتارة لا يدخلونها، فهم يجعلون الفاعل ركنًا في مثل عقد البيع، والنكاح، ولا يجعلونه ركنًا في العبادات كالصلاة، والحج، وإن كان لا يتصور قيام الحج والصلاة بدون فاعل.

قال في المصباح المنير: «والفرق عسر، ويمكن أن يقال: الفرق أن الفاعل علة لفعله، والعلة غير المعلول، فالماهية معلولة، فحيث كان الفاعل متحدًا استقل بإيجاد الفعل، كما في العبادات، وأعطي حكم العلة العقلية، ولم يجعل ركنًا، وحيث كان الفاعل متعددًا لم يستقل كل واحد بإيجاد الفعل، بل يفتقر إلى غيره؛ لأن كل واحد من العاقدين غير عاقد، بل العاقد اثنان، فكل واحد من المتبايعين مثلًا غير مستقل، فَبَعُد بهذا الاعتبار عن شبه العلة، وأشبه جزء الماهية في افتقاره إلى ما يقومه، فناسب أن يجعل ركنًا»[٢].

ولا حاجة إلى هذا الفارق العسر كما وصفه، بل يقال: مذهب الحنفية أقوى، ومطرد في تحديد أركان الشيء من عبادات، ومعاملات، وأهمية تحديد

---

(١) شرح حدود ابن عرفة (ص٣٩٧)، الخرشي (٥/ ٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢)، حاشية الصاوي (٣/ ١٣)، مواهب الجليل (٤/ ٢٤١، ٢٤٢)، المجموع (٩/ ١٧٤)، تحفة المحتاج (٤/ ٢١٥)، حاشية الجمل (٣/ ٥، ٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥، ٦)، كشاف القناع (٣/ ١٤٦).

(٢) المصباح المنير (ص٢٣٧).

الأركان تأتي بحسب مصطلح الحنفية في التفريق بين البيع الفاسد، والباطل، فالباطل: هو الذي لحق الخلل فيه ركن البيع، والفاسد ما كان مشروعًا بأصله، دون وصفه، وقد سبق الكلام عليه عند الكلام على عقد البيع، ولله الحمد.



الفصل الأول
في الركن الأول (الصيغة)

المبحث الأول
في شروط الإيجاب والقبول

الصيغة: هي الإيجاب والقبول، وسبق تحرير الخلاف في تعريف الإيجاب والقبول بين مذهب الجمهور، والحنفية في المجلد الأول من عقد البيع فارجع إليه إن شئت.

ويشترط في الإيجاب والقبول شروط، منها:

الشرط الأول: توافق الإيجاب والقبول.

[م-٦٩٣] جاء في الموسوعة الكويتية: «اتفق الفقهاء على أنه لا بد لانعقاد العقد من توافق الإيجاب والقبول»[١].

فلو أوجب البائع مثلًا البيع بثمن قدره مائة، فقبل المشتري بتسعين، فهنا خالف الإيجاب القبول في الثمن.

أو أوجب المؤجر بخمسين دينارًا نقدًا، فقبل المستأجر بخمسين مؤجلة، فهنا خالفه في صفة الثمن.

أو أوجب البيع في الكتاب، فقبل في القلم، فهنا خالفه في عين المبيع (المثمن).

أو قال: بعتكه بألف، فقال: اشتريته بشرط الخيار.

---

(١) الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢١٢).

أو جزأ الصفقة، بأن أوجب البيع في السيارتين بمائة ألف، فقال المشتري: قبلت في هذه السيارة بخمسين ألفًا لم ينعقد العقد؛ لأن ذلك رد للإيجاب، وليس قبولًا له.

[م-٦٩٤] الشرط الثاني: اتحاد مجلس العقد.

والمراد بالمجلس: هو الزمن الذي يظل فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد، فإن أعرضا عن العقد، واشتغلا عنه بما يقطعه عرفًا، فقد انقطع المجلس، ومن الإعراض عن العقد انفضاض المجلس.

جاء في البحر الرائق: «المجلس المتحد: ألا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل غير ما عقد له المجلس، أو ما هو دليل الإعراض عن العقد»(١).

وقال أيضًا: «القيام - يعني عن المجلس - دليل الإعراض»(٢).

فالعبرة هو الإعراض عن العقد، سواء كان ذلك بالقيام من المجلس، أو كان ذلك بالإعراض عنه والاشتغال بغيره، ولو كان المجلس باقيًا، فلا ينبغي أن يؤثر انتقالهما من مجلس إلى مجلس آخر ما داما منشغلين بالعقد.

الشرط الثالث:

[م-٦٩٥] ألا يرجع الموجب قبل صدور القبول. وهذا الشرط مختلف فيه بين المالكية والجمهور، وسبق تحرير الخلاف في المجلد الأول من عقد البيع.

وقد ذكرت مسائل كثيرة متفرعة عن هذه الشروط، وذلك عند الكلام عن أحكام الإيجاب والقبول في عقد البيع، فأغنى عن إعادته هنا.

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٩٣).

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

المبحث الثاني
في انعقاد السلم بلفظ البيع

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني[١].

[م-٦٩٦] اختلف الفقهاء هل ينعقد السلم بلفظ البيع؟

فقيل: ينعقد إذا بين فيه إرادة السلم، وتحققت شروطه، كأن يقول المسلم إليه: أبيع عليك خمسين رطلًا زيتًا صفته كذا، إلى أجل كذا، بعشرة دنانير حالة، وقبل المسلم.

وهذا مذهب الجمهور وأحد الوجهين في مذهب الشافعية[٢].

وقيل: لا ينعقد، وهذا قول زفر[٣]، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية[٤].

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٣/ ١٥٢)، الفتاوى الكبرى (٥/ ١٠١).

(٢) انظر في مذهب الحنفية: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٠)، البحر الرائق (٦/ ١٦٨)، التقرير والتحبير (٣/ ١٨٢).
وفي مذهب المالكية: منح الجليل (٥/ ٣٣١)، مواهب الجليل (٤/ ٥١٤).
وفي مذهب الشافعية: المهذب (١/ ٢٩٧)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٦).
وفي مذهب الحنابلة: انظر الكافي (٢/ ١٠٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٨).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١).

(٤) المهذب (١/ ٢٩٧)، إعانة الطالبين (٣/ ١٦، ٤٠)، نهاية المحتاج (٤/ ١٨٢)، وقال في السراج الوهاج (ص٢٠٥): «السلم... هو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم، فيختص بهذا اللفظ على الأصح».
وقال في أسنى المطالب (٢/ ١٢٢) ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا هذا - يعني السلم- والنكاح» وهذا دليل على أن الأصح عند الشافعية أنه يشترط له صيغة السلم أو السلف، وإذا كان بلفظ البيع انعقد بيعًا، ولم ينعقد سلمًا.

❏ دليل الجمهور:

أن العبرة في العقود بالمعاني، وليس بالألفاظ والمباني، وجميع العقود لا يشترط لها لفظ معين لانعقادها، بل تنعقد بكل لفظ يفهمه المتعاقدان مما تعارفا عليه، وكان معبرًا عن إرادتهما بوضوح لا لبس فيه، ولا إشكال، ولذلك البيع ينعقد بلفظ التمليك، ولا يشترط له لفظ البيع، فكذلك السلم.

❏ حجة زفر من الحنفية:

القياس ألا ينعقد السلم أصلًا؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، وأنه منهي عنه، إلا أن النص جاء بجوازه بلفظ السلم، بقوله (ورخص في السلم)، فوجب الاقتصار عليه؛ لعدم إجزاء سواه.

ويناقش:

سبق مناقشة دعوى أن السلم على خلاف القياس، والصحيح أن جوازه كان على وفق القياس، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو أخذنا بمقتضى الاستدلال لقلنا: لا ينعقد حتى بلفظ السلم؛ لأن لفظ السلم لم يرد في السنة، وما يروى منسوبًا إلى السنة بلفظ: (ورخص في السلم) سبق لنا أنه من كلام الفقهاء، وليس له أصل، واللفظ الوارد في السنة هو السلف، كما في حديث ابن عباس المتفق عليه (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم...) الخ، وسبق تخريجه، ولم يقل أحد من الفقهاء: إن السلف لا ينعقد بلفظ السلم.

ولذلك نقل بعض الفقهاء عن ابن عمر أنه كره تسميته بالسلم(١).

وجاء في مواهب الجليل: «قال ابن عبد السلام: وكره بعض السلف لفظة

---

(١) منح الجليل (٥/ ٣٣١)، حاشية الجمل (٣/ ٢٢٥).

السلم في حقيقته العرفية التي هي أحد أنواع البيع، ورأى أنه إنما يستعمل لفظ السلف، أو التسليف صونًا منه للفظ السلم عن التبذل في الأمور الدنيوية، ورأى أنه قريب من لفظ الإسلام، ثم قال: والصحيح جوازه، لاسيما وغالب استعمال الفقهاء إنما هو صيغة الفعل مقرونة بحرف في فيقول: أسلم في كذا، فإذا أرادوا الاسم أتوا بلفظة السلم، وقلَّ ما يستعملون لفظة الإسلام في هذا الباب»[(١)].

قلت وفي التنزيل: ﴿وَأَلْقَوْا إِلَى اللَّهِ يَوْمَئِذٍ السَّلَمَ﴾ [النحل: ٨٧].

وقال سبحانه: ﴿وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ﴾ [النساء: ٩٠].

والمراد من هذه النصوص الإشارة إلى أن الاحتجاج بأن السلم لا ينعقد إلا بهذا اللفظ لاعتقاد أن هذا هو اللفظ الوارد شرعًا، فيه ما فيه، لا من جهة المعنى، ولا من جهة اللفظ.

❑ حجة بعض أصحاب الشافعية:

أن اللفظ مقدم في العقود على المعنى، فإذا استعمل لفظ البيع بدلًا من لفظ السلم انعقد بيعًا، تقديمًا للفظ على المعنى، ويشترط لصحته تعيين أحد العوضين، ولا يشترط فيه قبض رأس المال في المجلس؛ لأن السلم غير البيع.

❑ الراجح:

القول بجوازه بكل لفظ يدل على المراد، لأن الشارع لم يحد في ألفاظ العقود حدًا بل ذكرها مطلقة، ولم نتعبد بلفظ معين حتى نقتصر عليه، بل العبرة في العقود بما يدل عليها من أعراف المتعاقدين، والله أعلم.



(١) مواهب الجليل (٤/ ٥١٤).

المبحث الثالث
في اشتراط أن تكون صيغة العقد باتة لا خيار فيها

الفرع الأول
ثبوت خيار المجلس في عقد السلم

جاء في الاعتناء للبكري: «كل عقد لازم وارد على عين (كالصرف، وبيع الطعام بالطعام، والسلم، والتولية، والتشريك، وصلح المعاوضة، وغيرها) يثبت فيه خيار المجلس لكل من المتبايعين»(١).

[م-٦٩٧] هذا الفصل إنما يبحث بناء على قول الشافعية والحنابلة ممن يذهب إلى القول بثبوت خيار المجلس، وهو الراجح، ولا يتأتى هذا البحث على مذهب من لا يثبت خيار المجلس، كالحنفية، والمالكية.

ولقد اختلف الشافعية، والحنابلة في ثبوت خيار المجلس في عقد السلم.

فقيل: يثبت فيه خيار المجلس، وهو مذهب الشافعية(٢)، والصحيح من مذهب الحنابلة(٣)؛ لتناول البيع له؛ ولأن خيار المجلس شرع للنظر في الحظ في المعاوضة، وهو موجود فيه.

وقيل: لا يثبت فيه خيار المجلس، وهو قول في مذهب الحنابلة(٤)، قياسًا على خيار الشرط.

---

(١) الاعتناء للبكري (١/ ٤٧٢).

(٢) المجموع (٩/ ٢٠٧)، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ٢٥).

(٣) المغني (٤/ ٢٤)، الإنصاف (٤/ ٣٦٥).

(٤) انظر المرجعين السابقين.

والأول أصح، والقياس على خيار الشرط على القول بمنعه لا يصح؛ وذلك لأن عقد السلم يفتقر إلى القبض في المجلس، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يفترقا قبل تمامه، وهذا لا يصح. وهذا المعنى غير موجود في خيار المجلس.

وسيأتي مناقشة خيار الشرط إن شاء الله تعالى في المبحث التالي.



الفرع الثاني
في اشتراط الخيار في عقد السلم

خيار الشرط لا يمنع الانعقاد، وإنما يمنع اللزوم، وعليه فإن الخيار يثبت في كل عين ملكت بعقد يقبل الفسخ لا ربا فيه.

[م-٦٩٨] علمنا في المبحث السابق حكم خيار المجلس في عقد السلم، فما حكم خيار الشرط فيه؟

وإذا كان الاشتراط غير جائز، فهل يفسد العقد، أو يبطل الشرط وحده؟

اختلف الفقهاء في اشتراط الخيار في عقد السلم:

القول الأول:

ذهب الجمهور إلى أن عقد السلم عقد بات، لا يدخله خيار الشرط(١).

❑ دليل الجمهور على المنع:

الدليل الأول:

الإجماع، حكاه النووي، قال: «البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس، كالصرف، وبيع الطعام بالطعام، أو القبض في أحد العوضين، كالسلم، لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف...»(٢).

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٦٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٤، ٧٥)، المجموع (٩/ ٢٢٨، ٢٢٩)، التنبيه (ص٩٧)، وجاء بهامش الفروع (٤/ ٨٤):
قال ابن عقيل في الفصول: «فأما السلم فحكمه حكم الصرف، لا يدخله خيار الشرط رواية واحدة»، وانظر المبدع (٤/ ٦٨).

(٢) المجموع (٩/ ٢٢٨، ٢٢٩).

والحق أن الخلاف محفوظ، كما سوف تعلم ذلك من خلال عرض أقوال المسألة.

الدليل الثاني:

كل عقد يشترط فيه قبض الثمن في مجلس العقد، لا يجوز اشتراط الخيار فيه، كالصرف، والسلم، وبيع الربوي بمثله؛ لأنه إذا كان لا يجوز أن يفترقا إلا وقد تم العقد، وقبض الثمن، كما جاء في أثر ابن عمر في الصرف (ما لم تفترقا وبينكما شيء) والثمن في السلم لا يجوز التفرق فيه قبل قبض الثمن؛ لوجوب إتمام العقد قبل التفرق، فاشتراط الخيار ينافي ذلك؛ لأن الخيار يجعل المتعاقدين يفترقان، ولم يلزم العقد.

يقول الكاساني: «قبض رأس المال من شرائط الصحة... ولا صحة للقبض إلا في الملك، وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك، فيمنع المستحق صحة القبض»(١).

وقدم الحنفية تعليلًا آخر، وهو أن مقتضى العقد في البيع اللزوم، واشتراط الخيار يمنع لزوم العقد، فهو مخالف لمقتضى العقد، مفسد للعقد في الأصل، إلا أنا عرفنا جوازه بالنص، والنص ورد في بيع العين، فبقي بيع الذمة على أصل القياس خصوصًا إذا لم يكن في معناه(٢).

يناقش:

هذا الدليل مبني على القول بوجوب تسليم الثمن في مجلس العقد، وهي مسألة خلافية، وسيأتي مناقشة تلك المسألة في مسألة مستقلة إن شاء الله تعالى.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١).

(٢) المرجع السابق.

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى جواز اشتراط الخيار في عقد السلم بمقدار المدة التي يجوز تأخير تسليم الثمن فيها: يومين، أو ثلاثة أيام، بشرط ألا ينقد رأس المال في مجلس العقد.

جاء في المدونة: «هل يجيز مالك الخيار في التسليف (السلم) قال: إذا كان أجلًا قريبًا، اليوم واليومين، ولم يقدم رأس المال، فلا أرى به بأسًا، وهو قول مالك»[١].

❑ دليل المالكية على مذهبهم:

بنى المالكية قولهم هذا على مسألة أخرى اختلفوا فيها مع الجمهور، وهي مسألة: تأخير تسليم الثمن عن مجلس العقد اليومين، والثلاثة، فلما رأى المالكية أن تأخير تسليم الثمن يومين، أو ثلاثة أيام لا يضر؛ لكونها مدة يسيرة، وأن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير، وأن هذه المدة بحكم التسليم في المجلس؛ لقربها منه، وإنما يمنع من كثيره؛ لما في ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ، أجازوا اشتراط الخيار في عقد السلم بمقدار تلك المدة التي يجوز تأخير تسليم الثمن فيها: يومين، أو ثلاثة أيام، بشرط ألا ينقد رأس المال في مجلس العقد؛ لأن نقده، ولو كان طوعيًا يجعل العقد يتردد بين الثمنية والسلفية، وبين البيع، والسلف.

ويناقش:

يجاب على هذا التوجيه بما أجيب عن سابقه، وهو أن مسألة تأخير تسليم

---

(١) المدونة (٤/ ١٨٩)، وانظر مواهب الجليل (٤/ ٥١٥).

الثمن عن مجلس العقد في عقد السلم مسألة خلافية، وسيأتي مناقشة تلك المسألة في مسألة مستقلة إن شاء الله تعالى.

القول الثالث:

ذهب ابن تيمية إلى جواز خيار الشرط في كل العقود، وظاهره دخول خيار الشرط في عقد السلم(١).

ولم أقف على دليل ابن تيمية، ويمكن أن يستدل له بالآتي:

الدليل الأول:

أن الخيار لا ينافي الملك، فالبيع ينعقد بالإيجاب، والقبول، والملك يثبت بذلك، ووجود الخيار غاية ما فيه أن يعطي صاحبه حق الفسخ بعد ثبوته، وهذا لا يترتب عليه أي محذور شرعي.

الدليل الثاني:

جواز الخيار قياسًا على جواز الإقالة، فإذا كانت الإقالة جائزة في عقد السلم، كان الخيار جائزًا، ولا فرق.

الدليل الثالث:

القول بأن اشتراط الخيار ينافي استحقاق القبض الواجب غير دقيق، فقد يحصل القبض ويقوم الخيار، وقد لا يحصل القبض، ولا يكون في العقد خيار، فلا تلازم بينهما.

❑ الراجح:

إذا صحت حكاية الإجماع التي حكاها النووي في المنع من اشتراط الخيار

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٧٥).

في عقد السلم فهو حجة، وإن كان الإجماع لا يصح، فيمكن النظر في مدى جواز اشتراط الخيار.

ففي مبادلة الربوي بمثله لا يصح اشتراط الخيار؛ لأن هذا يؤدي إلى التفرق قبل لزوم العقد، والحديث يقول: يدًا بيد، وأثر ابن عمر يقول: (على ألا تفترقا وبينكما شيء).

وفي عقد السلم ليست المبادلة بين مال ربوي بمثله، فلا أرى حرجًا في اشتراط الخيار، والله أعلم.



الفرع الثالث
في اشتراط خيار الرؤية

[م-٦٩٩] تكلمت في عقد البيع عن خيار الرؤية، وذكرت تعريفه اصطلاحًا: بأنه حق يثبت به للمتملك الفسخ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره[1].

فعلم من هذا أن خيار الرؤية هو في شراء شيء معين غائب، لم يسبق له رؤية.

وقولنا: في شراء شيء معين: المقصود به ما ينعقد العقد على عينه، لا على مثله.

فالمبيع الغائب تارة يتعلق بشيء موصوف في الذمة، فيكون من قبيل بيع السلم، حالًا كان، أو مؤجلًا، وهذا لا يحق للمشتري أن يفسخ العقد فيه بخيار الرؤية، بحجة أن البائع أعطاه شيئًا لم يكن مطابقًا للموصوف؛ لأن المبيع لم يتعين في عين ذلك الشيء المدفوع، وإنما تعلق بذمة البائع، ولم يتعلق بشيء معين، فيبقى العقد قائمًا، ويلزم البائع بدفع سلعة مطابقة للصفة المتفق عليها.

وتارة يكون المبيع الغائب متعلقًا بشيء معين، فلا يقال له بأنه سلم، ولكن يقال له: غائب، وهذا الغائب: إما أن يكون قد شاهده البائع، ولم يمض على الرؤية وقت يخشى عليه من التغير، فهذا غير مقصود في خيار الرؤية.

وإما أن يكون المبيع المعين موصوفًا، لم يره المشتري، وإنما وصف له، وهذا هو الذي يدخله خيار الرؤية.

---

(١) الموسوعة الكويتية (٢٠/ ٦٤).

جاء في فتح القدير: « (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار الرؤية) بالإجماع؛ (لأنه غير مفيد) إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع، والمسلم فيه دين في الذمة، فإذا رد المقبوض عاد دينًا كما كان؛ لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد، فلا ينفسخ العقد برده، بل يعود حقه في مثله...»[١].



(١) فتح القدير (٧/ ٩٨)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٢١٧)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٧).

الفرع الرابع: خيار العيب

[م-٧٠٠] حق المسلِم (المشتري) أن يستلم المسلَم فيه (المبيع) خاليًا من العيوب.

فإذا وجد المسلِم عيبًا في المسلَم فيه، فإن له خيار العيب، إن شاء تجوز به، وإن شاء رده، وأخذ بدله سليمًا؛ لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة، فإذا لم يرض بالمعيب رجع إلى ما في الذمة، فإن تعذر البدل ثبت للمسلم الخيار بين الفسخ، أو الصبر إلى أن يقدر على بديل سليم؛ لأن حقه في السليم دون المعيب[١].



(١) تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣)، المهذب (١/ ٤٠٥)، الوسيط (٤/ ١٨٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣٤٩).

الفصل الثاني
الركن الثاني (العاقدان)

إذا كنا تكلمنا عن الصيغة في الفصل الأول، فنتناول في الفصل الثاني أحكام العاقد الذي يباشر الإيجاب والقبول.

والعاقدان في عقد السلم هما:

١- رب السلم، أو المسلِم (المشتري).

٢- المسلَم إليه (البائع).

ويشترط في العاقدين شروط منها:

الشرط الأول:

[م-٧٠١] أهلية العاقد، فلا يصح بيع مجنون، وسكران، ومعتوه، وسفيه، وصبي غير مميز، أو مميز بغير إذن وليه.

الشرط الثاني:

[م-٧٠٢] أن يكون العاقد مختارًا (أي راضيًا)، وأن يكون هذا الرضا سالمًا من العيوب التي تنافي الاختيار أو تقدح فيه من إكراه، أو غلط، أو تدليس، أو غبن.

الشرط الثالث:

[م-٧٠٣] أن يكون العاقد مالكًا للمعقود عليه، أو مأذونًا له فيه، وفي بيع الفضولي وشرائه خلاف بين الفقهاء.

وقد تناولت هذه المسائل، وما يتفرع عنها في عقد البيع، فأغنى عن إعادتها هنا.

الفصل الثالث
في الركن الثالث (المعقود عليه)

ويقصد بالمعقود عليه هنا:

(١) الثمن، ويسمى رأس مال السلم.

(٢) المبيع، ويسمى المسلم فيه.

وهذا أهم ما في عقد السلم؛ لأنه مقصود العقد، والغاية منه، ويشترط للمعقود عليه شروط كثيرة، ولما كان السلم نوعًا من البيع، فإن جميع الشروط التي تشترط في البيع تشترط في السلم، باستثناء شرط واحد يستثنيه الفقهاء، وهو شرط وجود المحل عند العقد، وذلك لأنهم يرون أن بيع المعدوم منهي عنه، والسلم مستثنى من بيع المعدوم، وقد ناقشت هذه المسألة فيما سبق.

وقد ذكرت شروط المبيع والثمن على وجه التفصيل في عقد البيع، في الباب الرابع منه، وما يتفرع على تلك الشروط من مسائل، فأغنى عن إعادتها هنا.

ويزيد عقد السلم على عقد البيع بشروط خاصة سوف أعقد لها بابًا خاصًا لأهميتها، وبيان وجوه الاتفاق والخلاف فيها، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.



الباب الثالث
في شروط المعقود عليه

الفصل الأول
في الشرط العائد على البدلين معًا

الشرط الأول
ألا يجري بين البدلين ربا النسيئة

قال ابن قدامة: **كل مالين حرم النسأ فيهما، لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر**[١].

[م-٧٠٤] يشترط في البدلين ألا يجري بينهما ربا النسيئة، ومن باب أولى ألا يجري بينهما ربا الفضل؛ لأن كل مالين حرم التفاضل بينهما، فإن النساء بينهما حرام أيضًا.

ويحرم ربا الفضل في بيع كل مال ربوي اتفقا في الجنس والعلة.

ويحرم ربا النسيئة في بيع كل مال ربوي اختلفا في الجنس، واتفقا في علة ربا الفضل.

قال ابن رشد: «لا خلاف في امتناع السلم فيما لا يجوز فيه النساء، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة، وإما اعتبار الطعم والجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء»[٢].

---

(١) المغني (٤/ ١٩٩).

(٢) تهذيب الفروق (٣/ ٢٩٢)، وانظر بداية المجتهد (٢/ ١٥٢).

وسبق تحرير ذلك في كتاب الربا فأغنى عن إعادة الكلام عليه هنا.

فإذا كان يجري بين الثمن والمبيع ربا الفضل، أو ربا النسيئة لم يصح إسلام أحدهما في الآخر؛ لأن المالين إذا جرى فيهما ربا الفضل أو النسيئة اشترط فيهما التقابض في المجلس، والسلم يشترط فيه التأخير، وهذا من التضاد.

فلو كان رأس المال من البر، لا يجوز أن يكون المسلم فيه من البر، أو من التمر، أو من الشعير، أو من الملح، أو من غيرها مما يتفق في علة ربا الفضل.

وكذلك لو كان رأس المال من الذهب، لا يجوز أن يكون المسلم فيه من الذهب، أو من الفضة.

أما لو اختلفا في الجنس، والعلة، فإنه يجوز إسلام أحدهما في الآخر.

فيجوز إسلام الذهب في البر، أو في الشعير أو في التمر، أو في الملح أو في غيرها مما يختلف مع الذهب جنسًا، وعلة(١).



(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٧)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٠، ١٨١)، مواهب الجليل (٤/ ٥٢٤)، جامع الأمهات (ص٣٧١)، الخرشي (٥/ ٢٠٦)، الشرح الكبير (٣/ ٢٠٠)، كشاف القناع (٣/ ٢٩١).

الشرط الثاني
في كون المسلم فيه أو عوضه منفعة

قال الخرشي: قبض الأوائل، كقبض الأواخر[١].

[م-٧٠٥] سبق لنا عند الكلام على تعريف البيع ذكر صور البيع، من ذلك:

(أ) بيع المقايضة: وهو بيع العروض بعضها ببعض.

(ب) بيع الصرف: وهو بيع الأثمان بعضها ببعض.

(ج) بيع الأعيان بالأثمان، كبيع السلعة بالدراهم، وهو البيع المشهور. ويصل التقسيم إلى تسع صور مشهورة سبق ذكرها، وضرب الأمثلة عليها.

وأما الصور التي يكون عليها بيع المسلم، فمنها:

(١) أن يكون رأس المال من الأثمان (الدراهم والدنانير)، وما يقوم مقامها من الأوراق النقدية، والمسلم فيه من العروض الموصوفة في الذمة كالحنطة، والشعير، والأرز.

(٢) عكس المسألة السابقة، أن يكون رأس المال من العروض، كالحيوان، والثياب، والمسلم فيه من الأثمان (الدراهم والدنانير) أو ما يقوم مقامها، وهذا جائز على الصحيح، وهو مذهب الجمهور كما سيأتي إن شاء الله بحثه في مسألة مستقلة.

(٣) أن يكون رأس المال من العروض كالحيوان، والثياب، والمسلم فيه من العروض الموصوفة في الذمة، كالحنطة، والشعير ونحوها.

(٤) أن يكون رأس المال أو عوضه من المنافع، فالمنافع كما يجوز أن تكون

---

(١) الخرشي (٥/ ٢٠٣)، وانظر حاشية الدسوقي (٣/ ١٩٦).

رأس مال في السلم، فإنه يجوز أن تكون مسلمًا فيها؛ لأن المنافع تثبت في الذمة كالأعيان. وهذا القسم هو موضع البحث في هذا الفصل.

وعندما نقول: (كون المسلم فيه أو عوضه منفعة) لا نقصد بالمنفعة ثمرة الأعيان، كحليب الأنعام، وثمرة الأشجار، بل المقصود بالمنافع: هي المنافع المعنوية (الأعراض) التي تقوم بالأعيان، مثل سكنى الدار، وركوب الدابة، ونحوها.

وقد أجاز المالكية، والشافعية، والحنابلة، كون المسلم فيه أو عوضه من المنافع.

جاء في شرح الخرشي: «يجوز أن يكون رأس مال السلم منفعة ذات معينة، كخدمة عبده، أو دابته مدة معلومة، بناء على أن قبض الأوائل كقبض الأواخر... واحترز بالمعينة من المنافع المضمونة، فلا يجوز أن تكون رأس المال؛ لأنه كالئ بكالئ، كما إذا قال المسلم للمسلم إليه: أحملك إلى مكة بإردب قمح في ذمتك، تدفعه لي في وقت كذا، إذا لم يشرع فيها، وإلا جاز؛ لأن قبض الأوائل كقبض الأواخر، كما في الإجارة»(١).

وذكر صاحب مواهب الجليل عن ابن عرفة، أنه صحح كون رأس المال منفعة معينة، ولو حل أجل الطعام المسلم فيه قبل استيفاء المنفعة التي هي رأس المال(٢).

وجاء في أسنى المطالب: «ويجوز جعل المنفعة رأس مال كغيرها، وتسليمها بتسليم العين»(٣).

---

(١) الخرشي (٥/ ٢٠٣).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٥١٦).

(٣) أسنى المطالب (٢/ ١٢٣)، وانظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٠٥)، تحفة المحتاج (٥/ ٦)، نهاية المحتاج (٤/ ١٨٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٣).

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة، ما نصه: «السلم في المنافع صحيح بلفظ السلم، أو السلف، فلو قال: أسلمتك هذا الدينار في منفعة عبد، صفته كذا وكذا، لبناء حائط معلوم. أو أسلفتك هذه الدراهم في منفعة دابة، صفتها كذا، وكذا لحمل، أو ركوب معلومين، وقَبِل المؤجر صح سلمًا، ولزم فيه قبض الأجرة في المجلس، وتأجيل النفع إلى أجل معلوم»(١).

ولم أقف على نص من كتب الحنفية يكشف لي مذهبهم في هذه المسألة، إلا أنه معروف في مذهبهم أن المنافع من قبيل الملك، ولا تعتبر مالًا؛ لأن المالية عندهم لا تتحقق إلا بتوفر أمرين:

أحدهما: أن يكون الشيء مما يمكن حيازته وادخاره، والمنافع لا يمكن حيازتها، ولا ادخارها فلا تعتبر مالًا.

الثاني: أن يكون الشيء مما له قيمة مادية بين الناس، فيخرج بذلك حبة القمح، والأرز، فإنه لا ينتفع بها وحدها عادة(٢).

والصواب مع قول الجمهور.



(١) مجلة الأحكام الشرعية المادة (٥٣٩).

(٢) كشف الأسرار (١/ ٢٦٨)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٤/ ٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١).
وانظر الموسوعة الكويتية (٢٥/ ٢٠٠)، عقد السلم في الشريعة الإسلامية - نزيه حماد (ص٣٣).

الفصل الثاني
في الشروط العائدة إلى رأس مال السلم

الشرط الأول
أن يكون رأس المال معلومًا

المبحث الأول
أن يكون رأس المال موصوفًا في الذمة

[م-٧٠٦] لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط أن يكون رأس المال معلومًا، وذلك لأنه بدل في عقد معاوضة مالية، فلا بد من كونه معلومًا كسائر عقود المعاوضات.

إلا أن رأس المال تارة يكون معينًا عند العقد، كأن يكون حاضرًا مشاهدًا، ثم يقع العقد على عينه، وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى في المبحث التالي.

وتارة يكون موصوفًا في الذمة، ثم يعين في مجلس العقد عند التسليم، وقبل التفرق.

فإن كان موصوفًا في الذمة فقد قال ابن قدامة: «لا خلاف في اشتراط معرفة صفته إذا كان في الذمة»[١].

وإذا كان لا بد من معرفة صفته، فقد نص الحنفية على أن الصفة يجب بيانها بأمور:

---

(١) المغني (٤/ ١٩٨).

منها بيان الجنس، كقولنا: دراهم، أو دنانير، أو حنطة، أو تمر، وهكذا.

ومنها بيان النوع كأن يقول: تمر برني، أو سكري، ونحو ذلك.

ومنها بيان الصفة: كقولك: جيد، وسط، رديء.

وعللوا ذلك بأن جهالة الجنس، والنوع، والصفة مفضية إلى المنازعة، ومانعة من صحة البيع. فإن قبل الطرف الآخر وجب تعيين رأس المال في مجلس العقد، وتسليمه إليه وفاء بالعقد(١).



(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٥، ١١٦)، العناية شرح الهداية (٧/ ٩٩، ١٠٠)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٧٧)، التاج والإكليل (٤/ ٥١٤)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٢)، منح الجليل (٥/ ٣٣٥)، أسنى المطالب (٢/ ١٢٣، ١٢٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٤)، روضة الطالبين (٤/ ٦)، المغني (٤/ ١٩٨)، الموسوعة الكويتية (٢٥/ ٢٠٠، ٢٠١).

المبحث الثاني
أن يكون رأس المال معينًا غير موصوف في الذمة

العوض المشاهد لا يحتاج إلى معرفة قدره، إلا إذا كان العقد يوجب المماثلة[(١)].

جاء في القواعد والضوابط الفقهية: متى كان العوض معينًا - أي مشاهدًا- كفت معاينته من غير علم بقدره[(٢)].

[م-٧٠٧] إذا كان رأس المال معينًا غير موصوف في الذمة، فهل يصح إسلامه جزافًا، أم لا بد من معرفة القدر والصفة؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

فقيل: لا يشترط ذكر الصفة، ولا ذكر القدر مطلقًا، سواء أكان المال مثليًا،

---

(١) انظر المغني (٤/ ١٩٩).
وقال الزركشي في القواعد (٢/ ٤٠٤): «هل يكفي معاينة الحاضر عن معرفة قدره؟ هو على ثلاثة أقسام:
أحدها: ما يكفي قطعا كالبيع والصداق والخلع.
الثاني: ما يكفي على الأصح كالسلم. . .
الثالث: ما لا يكفي قطعًا، وهو رأس المال في القراض دفعا لجهالة الربح، وكذلك القرض لا يصح جزافًا؛ لئلا يمتنع عليه الرد، والحاصل أن الحاضر المجهول القدر يكتفى به في بيوع الأعيان قطعًا، ولا يكتفى به في القراض، ولا القرض قطعًا، وفي رأس مال السلم، ورأس مال الشركة قولان. . .
والضابط لذلك: أن ما كان من المعاوضات التي لا يطرقها الفسخ غالبا لا تحتاج إلى معرفة قدر الحاضر، وما كان من غيرها اعتبر معرفة الحاضر، وما كان يطرقه الفسخ، ويحتاج إلى معرفة ما يرجع إليه، ولم يعقد ليفسخ، ففيه الخلاف».
(٢) القواعد والضوابط الفقهية نقلًا من حاشية الجلال المحلي (٢/ ١٦٣).

أم متقومًا. وهذا مذهب المالكية[١]، واختيار صاحبي أبي حنفية[٢]، والأصح عند الشافعية[٣] وقول في مذهب الحنابلة[٤].

وقيل: يجب معرفة قدر رأس المال وصفته مطلقًا سواء أكان مثليًا، أم متقومًا. ولا تكفي مشاهدته.

وهذا قول للشافعية[٥]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٦].

وقيل: بالتفريق بين ذكر الصفة، وذكر القدر.

فذكر الصفة ليس بشرط مطلقًا، سواء أكان رأس المال مثليًا، أم متقومًا ما دام أنه حاضر مشاهد.

---

(١) المدونة (٤/ ١٥، ٤٠) مواهب الجليل (٤/ ٥١٦) التاج والإكليل (٤/ ٥١٦) واستثنى المالكية الدراهم والدنانير، فلا بد من معرفة قدرها، ولا يكفي الإسلام فيها جزافًا.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١، ٢٠٢).

(٣) قال في مغني المحتاج (٢/ ١٠٤): «ورؤية رأس المال المثلي تكفي عن معرفة قدره في الأظهر، كالثمن، والمبيع... وأما رأس المال المتقوم فتكفي رؤيته عن معرفة قيمته قطعًا...».
وانظر روضة الطالبين (٤/ ٥، ٦)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٩١)، السراج الوهاج (ص٢٠٥)، نهاية المحتاج (٤/ ١٨٧).

(٤) المغني (٤/ ١٩٨)، وجاء في المبدع (٤/ ١٩٥): «وهل يشترط كونه معلوم القدر، والصفة، كالمسلم فيه، أم تكفي مشاهدته؟ على وجهين، كذا في المحرر، والفروع.
أحدهما: يشترط ذلك، قاله القاضي، وأبو الخطاب، وصاحب التلخيص، وجزم به في الوجيز؛ لأنه عقد يتأخر بتسليم المعقود عليه، فوجب معرفة رأس ماله ليرد بدله كالقرض.
والثاني: لا يشترط، وهو ظاهر الخرقي، ومال إليه في المغني، والشرح؛ لأنه عوض مشاهد، فلم يحتج إلى معرفته كبيوع الأعيان».

(٥) مغني المحتاج (٢/ ١٠٤)، روضة الطالبين (٤/ ٥، ٦)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ١٧).

(٦) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٣٧)، الروض المربع (٢/ ١٤٥)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٤)، المغني (٤/ ١٩٨)، الكافي (٢/ ١١٥)، منار السبيل (١/ ٣٢٤).

وأما ذكر القدر فإن كان رأس المال مثليًا، وجب ذكر قدره، وإن كان متقومًا اكتفي بالإشارة إليه في مجلس العقد.

وهذا مذهب أبي حنيفة[١]، واختيار القاضي عبد الوهاب البغدادي من المالكية[٢].

❑ دليل من قال: تكفي المشاهدة مطلقًا:

(ح-٥١٧) استدل بظاهر حديث ابن عباس المتفق عليه: **من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم.** هذا لفظ البخاري[٣].

وجه الاستدلال:

الحديث اشترط بيان قدر المسلم فيه، ولو كان بيان قدر رأس مال السلم شرطًا لبينه ﷺ لقيام الحاجة إليه.

الدليل الثاني:

أن البائع إذا أحاط بصفات الثمن عن طريق العيان فقد ارتفعت الجهالة عن صفته، وأما العلم بمقداره فإنما يطلب إذا كان عقد البيع يوجب المماثلة، فإذا تخلفت المماثلة فسد البيع، فإذا لم تكن المماثلة مطلوبة كانت المشاهدة كافية في العلم بالمبيع، مغنية عن القدر والصفة.

قال الشيرازي: «لا يجب ذكر صفاته ومقداره؛ لأنه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل، فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته، كالمهر، والثمن في البيع»[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١، ٢٠٢)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ١٠١).
(٢) الإشراف على مسائل الخلاف (١/ ٢٨٠)، المعونة (٢/ ٩٨٧).
(٣) البخاري (٢٠٦٨)، ومسلم (٣٠١٠).
(٤) المهذب (١/ ٣٠٧).

□ دليل من قال: لا تكفي المشاهدة مطلقًا.

قالوا: إنَّ عقد السلم لا يؤمن أن ينفسخ العقد فيه، كما لو تعذر تسليم المسلم فيه، فوجب معرفة رأس المال بالصفة والقدر ليرد بدله كالقرض. ومثله لو تبين أن بعض الثمن كان مستحقًا، فينفسخ العقد في قدره، فلا يدرى في كم بقي، وكم انفسخ(١).

ونوقش:

بأن تعذر المسلم فيه أمر موهوم، ومثله لا يعتبر في العقود، ولو وقع ذلك عمل بالقواعد، فإن القول عند التنازع في مقدار الثمن قول المسلم إليه؛ لأنه غارم. والقياس على القرض غير سديد؛ لأن مقتضى القرض أن يرد بدل ما اقترض، وليس مقتضى عقد السلم رد رأس المال، بل مقتضاه إيفاء المسلم فيه، ودليلهم ينتقض ببيع الأعيان، والإجارة، فإن المبيع قد يتلف قبل قبضه، وقد تتلف العين المؤجرة قبل استيفاء المنفعة، فينفسخ العقد فيهما، فيجب رد الثمن، ولو كان جزافًا، ومع ذلك قالوا بجواز الجزاف فيهما، فإذا كان ذلك لم يمنع من صحة البيع، والإجارة، لم يمنع كون الثمن جزافًا من صحة عقد السلم.

□ وجه من فرق بين الصفة والمقدار:

أن من شاهد شيئًا فقد أحاط بصفته، لا فرق في ذلك بين المثلي، والقيمي.

وأما المقدار فلا يوقف عليه بمجرد المشاهدة، ولأن العقد يتعلق على مقداره؛ وجهالة قدر رأس المال فيه قد تفضي إلى جهالة المسلم فيه، فلو أسلم مائة درهم بمائة إردب من القمح، فإن الثمن ينقسم على أجزائه، إذ كل درهم

(١) انظر المغني (٤/ ١٩٩).

يقابل إردبًا، فلو كانت الدراهم جزافًا لا يعلم عددها لم يعلم ما يقابل كل درهم منها من القمح، فلو انتقض القبض في بعض الثمن، أو بان بعض الثمن مستحقًا، أو ظهر بعض الثمن معيبًا انفسخ العقد بمقداره، ومع الجهل بالثمن لا يدرى في كم انتقض، وفي كم بقي، فيصير المسلم فيه مجهول القدر.

بخلاف الثمن إذا كان متقومًا، فإن الثمن لا يتعلق بمقداره كما لو كان الثمن ثوبًا، فإن رؤية الثمن تكفي في الإحاطة به، والله أعلم.

ويناقش:

احتمال أن يكون الثمن مستحقًا، أو احتمال أن يصح القبض في البعض ويبطل في البعض، هذه احتمالات لا تعتبر لصحة العقود؛ لأن الأصل سلامة العقود من المفسد، ولو اعتبر ذلك لبطلت معظم العقود؛ ولأن معرفة المبيع لا تتوقف على معرفة المقدار، ما دام أن المبيع مشاهد يحيط به البصر، وليس المال ربويًا بحيث يكون التماثل فيه معتبرًا لصحة العقد، نعم لو كان الثمن دراهم أو دنانير، أو نقودًا ورقية، لكانت المشاهدة لا تكفي لرفع الجهالة عن الثمن، والغرر قد يكون كثيرًا، أما ما عدا النقود، من مكيل، أو موزون، فإن المشاهدة ترفع الجهالة، والله أعلم.

□ الراجح:

أرى أن مذهب المالكية هو أقوى؛ لقوة دليله، وللجواب عن أدلة الأقوال الأخرى، والله أعلم.



الشرط الثاني
أن يتم تسليم رأس المال في مجلس العقد

هل تعيين رأس مال السلم يكفي عن قبضه؟

وهل المعين يعتبر دينًا بتأخيره، أو أن الدين خاص بما تعلق في الذمة؟

[م-٧٠٨] وقع خلاف بين المالكية والجمهور حول وجوب تسليم الثمن في مجلس العقد، بعد اتفاقهم على ما يلي:

قال ابن عبد السلام من المالكية: «لم أعلم خلافًا في كون تعجيل رأس المال عزيمة، وأن الأصل التعجيل، وإنما الخلاف هل يرخص في تأخيره؟»[١].

وقال الغزالي: «لا خلاف أنه لو كان رأس المال نقدًا، ولم يعينه، ثم عينه في المجلس كفاه؛ لأن المجلس كالحريم، فله حكم الابتداء»[٢].

وقال في تهذيب الفروق: «اتفقوا على أنه لا يجوز تأخير نقد الثمن في المدة الكثيرة مطلقًا، لا باشتراط، ولا بدونه، واختلفوا في اشتراط تأخير نقده اليومين والثلاثة. . .»[٣].

وقال ابن رشد في المقدمات: «وأما تأخيره فوق الثلاث بشرط، فذلك لا يجوز باتفاق، كان رأس المال عينًا أو عرضًا. . .»[٤].

واتفقوا على أن عقد السلم ينعقد صحيحًا بدون قبض رأس المال، فليس

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٥١٤)، منح الجليل (٥/ ٣٣٢).
(٢) الوسيط (٣/ ٤٣٦).
(٣) تهذيب الفروق (٣/ ٢٩١).
(٤) مقدمات ابن رشد (٢/ ٢٨).

قبض المال في العقد شرطًا للصحة، وإنما اختلفوا هل القبض في المجلس بعد انعقاد السلم شرط لبقاء العقد على الصحة بحيث يفسد العقد إذا تفرقا قبل القبض، أو يصح العقد، وإن تفرقا قبل القبض؟[(١)].

فقيل: يشترط القبض في المجلس لبقاء العقد على الصحة، ولا يجوز تأخيره عن المجلس مطلقًا، وهذا مذهب الحنفية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)]، واختيار ابن عبد البر من المالكية[(٥)].

وقيل: يجوز تأخير القبض اليومين، والثلاثة مطلقًا بشرط وبغير شرط، وإن تأخر أكثر من ثلاثة أيام، وكان رأس مال السلم عينًا لم يجز مطلقًا بشرط أو بغير شرط. وإن كان رأس مال السلم عرضًا، وتأخر تسليمه أكثر من ثلاثة أيام جاز إذا لم يشترط تأخيره. هذا تحصيل مذهب مالك عند أكثر أصحابه[(٦)].

قال القرافي: «ومنشأ الخلاف، هل يسمى هذا التأخير دينًا، أم لا؟ وأن ما قارب الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟»[(٧)].

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١١٧).

(٢) المبسوط (١٢/ ١٢٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٢)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٧).

(٣) الأم (٣/ ٧٢)، أسنى المطالب (٢/ ١٢٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٠٤)، تحفة المحتاج (٥/ ٤)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٩١)، المهذب (١/ ٣٠٠)، الوسيط (٣/ ٤٣٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٢).

(٤) المغني (٤/ ١٩٧)، الإنصاف (٥/ ١٠٤).

(٥) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٣٣٧).

(٦) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني (ص٥١٦)، منح الجليل (٥/ ٣٣٣)، الذخيرة (٥/ ٢٣٠)، مواهب الجليل (٤/ ٥١٥)، الخرشي (٥/ ٢٠٢)، الفواكه الدواني (٢/ ١٠١).

(٧) الذخيرة (٥/ ٢٣٠).

❑ دليل الجمهور على اشتراط القبض في المجلس:

الدليل الأول:

(ح-٥١٨) ما رواه البخاري من طريق ابن أبي نجيح، عن عبد الله ابن كثير، عن أبي المنهال، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين، والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**. ورواه مسلم(١).

وجه الاستدلال:

قال الشافعي في تفسير قوله (من أسلف فليسلف)، قال: «إنما قال: فليعط، ولم يقل: ليبايع، ولا يعطي، ولا يقع اسم التسليف فيه حتى يعطيه ما سلفه قبل أن يفارق من سلفه»(٢).

وقال الرملي: «ولأن السلم مشتق من تسليم رأس المال: أي تعجيله، وأسماء العقود المشتقة من المعاني لا بد من تحقق تلك المعاني فيها»(٣).

الدليل الثاني:

أنه إذا لم يسلم الثمن في مجلس العقد تحول إلى بيع الدين بالدين بالصورة المتفق على منعها.

«قال أحمد: لم يصح منه - أي في النهي عن بيع الكالئ بالكالئ - حديث، ولكن هو إجماع، وهذا مثل أن يسلف إليه شيئًا مؤجلًا، فهذا الذي لا يجوز بالإجماع».

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).
(٢) الأم (٣/ ٩٥).
(٣) حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/ ١٢٢).

ثم قال ابن تيمية: «والإجماع إنما هو بالدين الواجب كالسلف المؤجل من الطرفين»(١).

ويجاب:

بأن رأس المال في السلم قد يكون عينًا، وقد يكون دينًا، فإن كان دينًا في الذمة وجب تسليمه في مجلس العقد، حتى يكون عينًا، ومنه لو كان الثمن نقودًا فإنها لا تتعين بالتعيين على الصحيح، وإن كان رأس مال السلم معينًا فلا يلزم من تأخير تسليمه أن يتحول البيع إلى بيع دين بدين، فلو كان رأس المال ثوبًا معينًا، فإن عدم تسليمه في المجلس لا يجعل البيع من قبيل بيع الدين بالدين؛ لأن الدين ما تعلق في الذمة، والحق قد تعلق بثوب معين، فخرج من بيع الدين بالدين.

وقد اعترف السرخسي، أن رأس السلم إذا كان معينًا أن القياس عدم وجوب التسليم، وأن وجوب التسليم فيه إنما هو من باب الاستحسان، لا أكثر.

قال السرخسي: «فأما تعجيل رأس المال، فنقول: إذا كان رأس المال دراهم، أو دنانير، يكون التعجيل فيه شرطا قياسًا واستحسانًا؛ لأن الدراهم، والدنانير لا يتعينان في العقود، فيكون هذا من بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز؛ لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ يعني: النسيئة بالنسيئة، فأما إذا كان رأس المال عروضًا، هل يكون التعجيل شرطًا؟ القياس ألا يكون شرطًا، وفي الاستحسان يكون شرطًا.

وجه القياس:

أن العروض سلعة تتعين في العقود، بخلاف الدراهم، فلو لم يشترط التعجيل، لا يؤدي إلى بيع الدين بالدين.

---

(١) نظرية العقد (ص٢٣٤، ٢٣٥).

وجه الاستحسان:

أن السلم أخذ عاجل بآجل، والمسلم فيه آجل، فوجب أن يكون رأس المال عاجلًا، ليكون حكمه ثابتًا على ما يقتضيه الاسم لغة، كالصرف، والحوالة، والكفالة، فإن هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة»[(١)].

وقال الكاساني: «والقياس ألا يشترط قبضه في المجلس، إذا كان عينًا»[(٢)].

وقال في شرح ميارة: «وأما غير النقدين فيجوز تأخيره لتعيينه، فليس دينًا بدين...»[(٣)].

ويجاب:

بأن العبرة في العقود بالمعاني دون الألفاظ والمباني، ولذلك لو ضَمِنه بشرط إبراء الأصيل كانت حوالة عند الحنفية، ولم تكن كفالة، ولم ينظر إلى ما يقتضيه الاسم، وكذلك لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء، كانت ضمانًا عند الحنفية، وليست حوالة، وعللوا ذلك بأن المقصود هو المعنى، فلم ينظر الحنفية إلى ما يقتضيه الاسم لغة[(٤)].

الدليل الثالث:

أن وجوب تسليم الثمن جارٍ على وفق القواعد، وذلك أن كلَّ بيع يتعين فيه المبيع والثمن معًا، لا يشترط فيه القبض أصلًا.

---

(١) المبسوط (١٢/ ١٢٧).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٣).
(٣) شرح ميارة (٢/ ٨١).
(٤) المبسوط (٢٠/ ٤٦).

وكل بيع لا يتعين فيه المبيع والثمن يشترط فيه قبض العوضين في الجملة، كبيع الأثمان بعضها ببعض، وهو ما يعرف بالصرف.

وكل بيع يتعين فيه المبيع، فإنه لا يشترط قبض عوضه عدا الأموال الربوية.

وكل بيع لا يتعين فيه المبيع، فإنه يشترط فيه قبض بدله، وهذا هو عقد السلم[١].

ويجاب:

بأن التعيين غير القبض، فقد يتعين رأس مال السلم، كما لو أشار إليه، أو كان الثمن معروفًا بعينه للبائع، ولا يتم التسليم في مجلس العقد، فهل يبطل العقد بمجرد عدم التسليم، مع أن رأس مال السلم قد تعين، وانتقل الحق من كونه في الذمة إلى ذات العين؟ هذا هو موضع الخلاف.

الدليل الرابع:

أن عقد السلم منطو على غرر احتمل للحاجة، فجبر ذلك بتعجيل قبض العوض الآخر، وهو الثمن، فإذا أخر الثمن زاد الغرر، وزيادة الغرر في العقد تبطله.

ويناقش:

بأن التأجيل لا يعتبر غررًا، ولو كان التأجيل غررًا لما صح عقد السلم؛ لأن المسلم فيه من شرطه التأجيل عند الجمهور.

الدليل الخامس:

أن سبب الرخصة في عقد السلم هو حاجة البائع إلى الارتفاق بالثمن؛ لاستصلاح حرثه، وزرعه، فإذا كان هناك تأخير في الثمن ذهبت الحكمة من مشروعية السلم.

---

(١) انظر تيسير التحرير (٤/ ١٣٧).

ويناقش:

بأن عقد السلم كونه رخصة، وليس عزيمة، فيه خلاف بين أهل العلم، ولو قلنا: إن السلم رخصة أبيح للحاجة، لكان هذا يعني تحريم عقد السلم مع انتفاء الحاجة؛ لأن الحكم يدور مع علته وجودًا، وعدمًا، والسلم عقد مباح مطلقًا، وإباحته ليست مشروطة بوجود الحاجة.

الدليل السادس:

قال ابن عبد البر: «لم يختلف قول مالك أنه لو أقاله في السلم بتأخير يوم أو يومين لم يجز، والابتداء أولى، كذلك في النظر إذ هو مثله قياسًا عليه بلا فرق»(١).

ويجاب:

بأن هذا دليل على ضعف قول مالك في وجوب التسليم في الإقالة، وليس دليلًا على وجوب تسليم الثمن في عقد السلم، وبينهما فرق.

❑ دليل المالكية على جواز تأخير الثمن اليوم واليومين:

الدليل الأول:

المالكية يتفقون مع الجمهور على وجوب تعجيل رأس مال السلم، لكنهم لا يرون أن تأخير التسليم يومًا، أو يومين ينافي التعجيل، وقد احتج المالكية بالقاعدة التي تقول: «ما قارب الشيء له حكمه»(٢).

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٣٣٧).

(٢) الذخيرة للقرافي (٥/ ٣٦٦)، قواعد المقرئ (١/ ٢٨٧، ٣١٣)، الموافقات (١/ ٤١٨)، مواهب الجليل (٢/ ٦٥)، شرح الزرقاني (٢/ ١٣١).

فالتأخير اليسير في حكم المعجل؛ لأن اليسير معفو عنه أشبه المقبوض في مجلس العقد

قال ابن رشد: «هذه القاعدة كثيرًا ما يذكرها الفقهاء، ولم أجد دليلًا يشهد لعينها، فأما إعطاؤه حكم نفسه، فهو الأصل، وأما إعطاؤه حكم ما قاربه، فإن كان مما لا يتم إلا به، كإمساك جزء من الليل، فهذا يتجه، وإن كان على خلاف ذلك، فقد يحتج له بحديث: مولى القوم منهم، وبقوله ﷺ: المرء مع من أحب...»(١).

واستدل لهذه القاعدة الشنقيطي رحمه الله في أضواء البيان بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢].

قال الشيخ: «ظاهره أن الإمساك بمعروف إذا بلغن أجلهن، مع أنهن إذا بلغن إلى ذلك الحد خرجن من العدة، وانتهى وجه المراجعة، ولكن المراد هنا: إذا قاربن أجلهن، ولم يتجاوزنه، أو يصلن إليه بالفعل، والقاعدة: أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، كما في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ [النحل: ٩٨].

ومثل الآية: الحديث في قوله ﷺ: **إذا أتى أحدكم الخلاء فليقل: اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث**، مع أنه عند الإتيان، أو أثناءه لا يحق له أن يقول ذلك، وإنما يقوله إذا قارب دخوله»(٢).

«ومن جهة الاعتبار: أن إلحاق ما قارب الشيء به دليل على أن هذا الشيء

---

(١) الدليل الماهر الناصح شرح المجاز الواضح (ص٣٥).

(٢) أضواء البيان (٨/ ٢١٢)، وانظر كتاب القواعد والضوابط الفقهية القرافية للدكتور عادل ولي قوته (١/ ٣٢٢) فقد ساق لها أدلة كثيرة.

ليس تحديدًا، بل اجتهاد مقارب، فهو من منزلة العفو، وباب التقديرات الاجتهادية، لا من تحديدات الشرع»[١].

الدليل الثاني:

التأخير ليس بممنوع لمعنى في العوض، وإنما هو ممنوع لمعنى في العقد لئلا يكون من بيع الكالئ بالكالئ، فإذا عين الثمن لم يفسد العقد بتأخير القبض اليومين والثلاثة[٢].

❑ الراجح:

أرى أن الراجح - والله أعلم - أن الثمن إن كان في الذمة وجب تسليمه في مجلس العقد؛ حتى لا نقع في بيع الدين بالدين ابتداء، وإن كان الثمن معينًا فإنه لا يشترط قبضه في مجلس العقد، وهل يجوز اشتراط التأجيل أكثر من ثلاثة أيام؟ هذا يتوقف على وجود قول فقهي في ذلك، و لم أقف على قول يرى جواز اشتراط التأجيل مطلقًا، وإنما أجاز المالكية اشتراط التأجيل في حدود اليومين والثلاثة، وجواز التأجيل في الثمن المعين بدون شرط كما سبق ذكره في الأقوال.

وقد وقفت في مذهب الشافعية على جواز تأخير القبض مطلقًا بشرط ألا يذكر لفظ السلم في العقد.

جاء في تحفة المحتاج: «ولو قال: اشتريت منك ثوبًا صفته كذا بهذه الدراهم، أو بدينار في ذمتي. فقال: بعتك، انعقد بيعًا عملًا بمقتضى اللفظ.

وقيل: سلمًا نظرًا للمعنى. فعلى الأول: يجب تعيين رأس المال إذا كان في

---

(١) القواعد والضوابط الفقهية القرافية للدكتور عادل ولي قوته (١/ ٣٣٢).

(٢) انظر المنتقى للباجي (٤/ ٣٠٠).

الذمة؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين، لا قبضه، ويثبت فيه خيار الشرط، ويجوز الاعتياض عنه. وعلى الثاني ينعكس ذلك...»[١].

فهنا أجاز الشافعية على قولٍ: جواز تأخير القبض إذا تعين الثمن، ولم يشترطوا تسليم الثمن، إلا إذا كان في العقد لفظ السلم، وإذا قلنا: إن العبرة في العقود بالمعاني، لا للألفاظ والمباني، فإنه يؤخذ منه جواز تأخير القبض في السلم إذا كان الثمن معينًا، وليس دينًا، والله أعلم، وقولنا: إن الشافعية يجيزون تأخير القبض في الثمن المعين لا يعني أنهم يجيزون اشتراط التأجيل، فهم لا يجيزون اشتراط التأجيل في المعين، ثمنًا كان أو مثمنًا، وتأخير القبض غير اشتراط التأجيل[٢].

كما أجاز المالكية تأخير الثمن إذا شرع في أخذ المثمن كالسلم في الخبز، والفواكه تنزيلًا لقبض بعض العوض منزلة قبض الكل، فليس دينًا بدين، نظيره قبض أوائل المنافع المأخوذة في الديون.. وهذا يدل على أن المانع من التأخير هو الوقوع في بيع الدين بالدين، وفي تعيين الثمن مع تأخيره يزول هذا المحذور[٣].

وقد اختار فضيلة الشيخ الصديق الضرير جواز التأجيل بشرط أن يكون أقل

---

(١) تحفة المحتاج (٥/ ٨، ٩).

(٢) قال الرملي في نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٤): «الأعيان لا تقبل التأجيل ثمنًا، ولا مثمنًا». وجاء في المجموع: (٩/ ٤١٣) «قال أصحابنا: إنما يجوز الأجل إذا كان العوض في الذمة، فأما إذا أجل تسليم المبيع، أو الثمن المعين، بأن قال: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا، فالعقد باطل».

(٣) الذخيرة (٥/ ٢٢٩).

من أجل المسلم فيه، قال فضيلته: «لا أرى ما يمنع تأجيل رأس المال إلى أجل قريب، أو بعيد، بشرط أن يكون أقل من أجل المسلم فيه...»(١).

واختار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي جواز تأخير الثمن عن مجلس العقد اليومين والثلاثة، جاء في القرار: «الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ويجوز تأخيره ليومين، أو ثلاثة، ولو بشرط، على ألا تكون مدة التأخير مساوية، أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم»(٢).



(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (١/ ٦١٦).
(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (١/ ٦٦٤) قرار رقم ٨٩/ ٢/ د ٩ .

الفرع الأول
في قبض رأس المال وتأخير بعضه

قال السرخسي: **إذا بطل العقد في البعض بطل في الكل**[١].

جاء في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: **أحد العاقدين لا ينفرد بتفريق الصفقة**[٢].

يقابل هذا قول الحنفية: **الفساد الطارئ على الصحة لا يشيع**[٣].

[م-٧٠٩] إذا عجل بعض رأس المال في مجلس العقد، وأجل البعض الآخر، فما حكم عقد السلم؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

فقيل: يصح السلم فيما قبض، ويبطل فيما لم يقبض. وهذا مذهب الحنفية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

وقيل: يبطل عقد السلم كله، وهذا مذهب المالكية[٧]، ورواية عن الإمام

---

(١) المبسوط (١٤/ ٨٩، ٧٢) و (٢٤/ ١١٢)، وانظر الموسوعة الكويتية (٨/ ١١٢).
(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (٢/ ١٤) نقلًا من شرح الزيادات (١٤٧٦).
(٣) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١١٨)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ١٠٠، ١٤٣).
(٤) تأسيس النظر (ص٩٥)، المبسوط (١٢/ ١٤٢، ١٤٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٤).
(٥) مغني المحتاج (٢/ ١٠٢)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٩١)، روضة الطالبين (٤/ ٣)، نهاية المحتاج (٤/ ١٨٤).
(٦) المغني (٤/ ١٩٧)، الإنصاف (٥/ ١٠٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١٥)، المبدع (٤/ ١٩٥).
(٧) التاج والإكليل (٤/ ٥١٤)، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني (ص٥١٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٩٥).

أحمد[١]، واختيار زفر من الحنفية[٢]، وابن حزم من الظاهرية[٣].

❑ **وجه قول الجمهور بصحة السلم فيما قبض:**

الوجه الأول:

أن السلم وقع صحيحًا في الكل؛ لأن القبض ليس شرطًا للصحة، وإنما هو شرط لبقاء العقد على الصحة، ولهذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح، فإذا تأخر القبض في البعض لم يبطل الجميع، ولا ينبغي أن يشيع الفساد؛ لأنه طارئ على الصحة، فلا وجه لبطلان الجزء الذي قبض.

الوجه الثاني:

أن القول بصحة ما قبض، وبطلان ما لم يقبض لا ضرر فيه على أحد من العاقدين، كالقول في تفريق الصفقة، ومثله لو اشترى رجل شاتين، وكانت قيمتهما سواء، فوجد في إحداهما عيبًا، كان له رد ما وجد معيبًا بحصته، ولم يبطل البيع في الأخرى.

❑ **وجه قول المالكية ومن معهم:**

الوجه الأول:

علل المالكية بطلان العقد بأنه متى قبض البعض، وأخر البعض فسد العقد كله؛ لأنه اشتمل على ابتداء دين بدين.

---

(١) قال في الإنصاف (٥/ ١٠٥): «وعنه يبطل في الجميع، وهو ظاهر كلام الخرقي، وأبي بكر في التنبيه، وقدمه في الخلاصة والرعايتين، والحاويين، وصححه في التصحيح».

(٢) المبسوط (١٢/ ١٤٣).

(٣) المحلى، مسألة (١٦١٥).

الوجه الثاني:

علل ابن حزم القول بالبطلان بأن العقد واحد، والصفقة واحدة، وكل عقد جمع فاسدًا وجائزًا، فيكون كله فاسدًا؛ لأن العقد لا يتبعض(١).

□ الراجح:

إذا كان تفريق الصفقة يفوت على أحدهما غرضه من الصفقة لم يحل التفريق، وإن كان التفريق لا يفوت غرض واحد منهما، جاز تفريق الصفقة برضاهما، هذا إذا كان البعض الذي لم يقبض لم يتعين، أما إذا تعين فيكون فيه الخلاف السابق، هل الواجب القبض مطلقًا، تعين الثمن أو لم يتعين، أو الواجب التعيين ولو لم يقبض؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين؟ والله أعلم.



---

(١) المحلى، مسألة (١٦١٥).

الفرع الثاني
جعل ما في الذمة رأس مال لسلم

جاء في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: **الأصل أن ربح ما لم يضمنه الرابح حرام...**[١].

[م-٧١٠] إذا كان لرجل في ذمة آخر مائة ريال، فاتفقا على أن يكون هذا المبلغ سلمًا في طعام معلوم مؤجل، فهذه صورة من صور فسخ الدين بالدين، فما حكم ذلك؟

اختلف العلماء في هذه المسألة:

القول الأول:

لا يجوز، وهذا مذهب الأئمة الأربعة[٢]، واختاره ابن تيمية في أحد قوليه.

---

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (٢/ ٥٦) نقلًا من مجموعة الأصول (ورقة: ١٦٤).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٤)، فتح العلي المالك (١/ ٢٩٦)، التاج والإكليل (٤/ ٣٦٧)، الشرح الكبير (٣/ ٦١)، القوانين الفقهية (ص١٩١)، المنتقى للباجي (٥/ ٣٣).

وجاء في التفريع لابن الجلاب (٢/ ١٦٩): ومن كان له دين على رجل، فلا يجوز أن يفسخه في شيء يتأخر قبضه، مثل ثمرة يجنيها، أو دار يسكنها، أو دابة يركبها، أو ما أشبه ذلك».

وقال النووي في روضة الطالبين (٤/ ٣): «ولو كان له في ذمة رجل دراهم، فقال: أسلمت إليك الدراهم التي لي في ذمتك، في كذا، فإن أسلم مؤجلًا، أو حالًا ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق، فهو باطل..».

وانظر مغني المحتاج (٢/ ١٠٣)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٧٣)، حواشي الشرواني (٥/ ٤)، المنثور في القواعد (٢/ ١٥٠)، المغني (٤/ ٢٠٥)، المبدع (٤/ ١٥٠)، الروض المربع (٢/ ١١٩).

قال ابن تيمية في مختصر الفتاوى المصرية: «ومن اشترى قمحًا إلى أجل، ثم عوض البائع عن الثمن سلعة إلى أجل لم يجز، وكذلك إن احتال على أن يزيده في الثمن، ويزيده في الأجل بصورة يظهر رباها لم يجز، ولم يكن عنده إلا الدين الأول، فإن هذا هو الربا الذي أنزل الله فيه القرآن، يقول الرجل لغريمه عند محل الأجل: تقضي أو تربي»[(١)].

وقال أيضًا: «إذا اشترى قمحًا بثمن إلى أجل، ثم عوض البائع عن ذلك الثمن سلعة إلى أجل لم يجز؛ فإن هذا بيع دين بدين»[(٢)].

وقال ابن تيمية أيضًا: «وأما احتجاج من منع بيع دين السلم بقوله: (من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره) فعنه جوابان:

أحدهما: أن الحديث ضعيف.

والثاني: المراد به ألا يجعل السلف سلمًا في شيء آخر، فيكون معناه: النهي عن بيعه بشيء معين إلى أجل، وهو من جنس بيع الدين بالدين، ولهذا قال: لا يصرفه إلى غيره، أي: لا يصرف المسلم فيه إلى مسلم فيه آخر، ومن اعتاض عنه بغيره قابضًا للعوض لم يكن قد جعله سلمًا في غيره»[(٣)].

فهذا القول من ابن تيمية نص صريح في أنه لا يجوز بيع الدين على من هو عليه بدين آخر، ويجوز بيع الدين بعوض مقبوض، وهو من قبيل بيع الدين بالعين.

---

(١) مختصر الفتاوى المصرية (ص٣٢٤).
(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٢٩).
(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٧) وانظر (٢٩/ ٥١٩).

القول الثاني:

يجوز جعل ما في الذمة رأس مال لسلم، أي يجوز بيع الدين على من هو عليه بدين آخر، اختاره ابن القيم، وحكاه قولًا لابن تيمية[١].

قال ابن القيم: «إذا كان الدين في ذمة المسلم إليه، فاشترى به شيئًا في ذمته، فقد سقط الدين من ذمته، وخلفه دين آخر واجب، فهذا من باب بيع الساقط بالواجب، فيجوز»[٢].

وقد سبق لنا في القول الأول النقل الصريح عن ابن تيمية بمنع هذه المعاملة، فإن صح ما حكاه ابن القيم عن شيخه فيكون لابن تيمية قولان في المسألة، وإلا كان وهمًا من ابن القيم في نسبة هذا القول لشيخه، وهو الأقرب.

❑ دليل من قال: لا يجوز:

الدليل الأول:

(ح-٥١٩) أنه من باب بيع الدين بالدين، وقد نهي عنه كما في حديث ابن عمر، **أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ**[٣].

[ضعيف][٤].

وأجيب:

قال ابن القيم: «ليس عن الشارع نص عام في المنع من بيع الدين بالدين، وغاية ما ورد فيه حديث، وفيه ما فيه: أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ

---

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٩).
(٢) المرجع السابق (٣/ ٣٤٠).
(٣) سنن الدارقطني (٣/ ٧١).
(٤) سبق تخريجه، انظر (ح ١٢٦).

هو المؤخر، وهذا كما إذا كان رأس مال السلم دينًا في ذمة المسلم فيه، فهذا هو الممنوع منه بالاتفاق؛ لأنه يتضمن شغل ذمتين بغير مصلحة لهما، وأما إذا كان الدين في ذمة المسلم إليه، فاشترى به شيئًا في ذمته فقد سقط الدين من ذمته، وخلفه دين آخر واجب، فهذا من باب بيع الساقط بالواجب، فيجوز، كما يجوز بيع الساقط بالساقط في باب المقاصة»[(١)].

وتعقبه بعض العلماء المعاصرين:

يقول الدكتور نزيه حماد: «قَصْر شيخ الإسلام، وتلميذه ابن القيم معنى بيع الكالئ بالكالئ على صورة السلف المؤجل من الطرفين غير مسلم؛ لافتقاره إلى دليل يقيده، ولوجود صورة أخرى يصدق عليها معناه، وتدخل تحت عمومه، وقد نقل الإجماع على حظر بعضها باعتبارها من أفراده، ومنها هذه الصورة»[(٢)].

الدليل الثاني:

الإجماع على المنع حكاه ابن قدامة وغيره.

قال ابن قدامة: «إذا كان له في ذمة رجل دينار، فجعله سلمًا في طعام إلى أجل، لم يصح.

قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، منهم: مالك، والأوزاعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق، وأصحاب الرأي، والشافعي، وعن ابن عمر، أنه قال: لا يصح ذلك، و ذلك لأن المسلم فيه دين، فإذا جعل الثمن دينًا كان بيع دين بدين، ولا يصح ذلك بالإجماع»[(٣)].

---

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٣٤٠).

(٢) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص١٩٤).

(٣) المغني (٤/ ١٩٨).

وقال السبكي في تكملة المجموع: «تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه: وهو أن يكون للرجل على الرجل دين، فيجعله عليه في دين آخر، مخالف له في الصفة، أو القدر، فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه»(١).

الدليل الثالث:

هذه الصورة شبيهة بربا النساء المعروف، حيث إنَّ استبدال الدين الحال بدين مؤجل من غير جنسه مظنة الزيادة في الدين في مقابل الأجل الممنوح للمدين، وذلك في معنى ربا الجاهلية (تقضي أو تربي).

الدليل الرابع:

إذا كان ابتداء الدين بالدين مجمعًا على منعه، وقد حكى الإجماع جماعة منهم ابن تيمية وابن القيم، فإن فسخ الدين بالدين مثله حيث لا فرق.

❑ دليل من قال بالجواز:

الدليل الأول:

الأصل في البيع الحل، ولا يوجد نص يدل على التحريم، يقول ابن القيم: «ليس عن الشارع نص عام في المنع من بيع الدين بالدين»(٢).

وقد أجاب فيما سبق عن حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ.

الدليل الثاني:

استدل ابن القيم على الجواز بالقياس على الحوالة.

قال رحمه الله: «قواعد الشرع تقتضي جوازه، فإن الحوالة اقتضت نقل الدين،

---

(١) تكملة المجموع (١٠/ ١٠٦).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٢٦٤).

وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فقد عاوض المحيل المحتال من دينه بدين آخر في ذمة ثالث، فإذا عاوضه من دينه على دين آخر في ذمته كان أولى بالجواز»[١].

ويناقش:

هناك فرق بين الحوالة وبين بيع الدين على من هو عليه بثمن مؤجل من وجهين:

الأول: أن بيع الدين على من هو عليه بثمن مؤجل من قبيل البيع، والحوالة على الصحيح ليست بيعًا.

قال ابن تيمية: «الحوالة من جنس إيفاء الحق، لا من جنس البيع، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي له في ذمة المحيل، ولهذا ذكر النبي ﷺ الحوالة في معرض الوفاء، فقال في الحديث الصحيح: **مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع**. فأمر المدين بالوفاء، ونهاه عن المطل، وبين أنه ظالم إذا مطل، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على ملئ»[٢].

وقال القرافي: الحوالة تحويل الحق، وليس بتبديل... لأن تبديل الدين بالدين لا يجوز، ولأن اسم الحوالة من التحويل، لا من التبديل[٣].

الوجه الثاني: يشترط في صحة الحوالة أن يحيله على جنس الدين، لا على جنس آخر، فإذا أحاله على جنس آخر لم تكن حوالة، وخرج العقد من الإرفاق والإحسان إلى المعاوضة والتكسب، فامتنعت.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥١٣)، وانظر إعلام الموقعين (٢/ ١٠).

(٣) الذخيرة (٩/ ٢٤٩، ٢٥٠).

قال ابن رشد: «وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط:

الثاني: أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر، والصفة؛ لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعًا، ولم يكن حوالة، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين»[١].

بينما بيع الدين على من هو عليه بثمن مؤجل هو من قبيل بيع الدين بغير جنسه، فلم يصح القياس على الحوالة، يقول ابن القيم في توصيف بيع الساقط بالواجب: «كما لو باعه دينًا له في ذمته بدين آخر من غير جنسه»[٢].

فظهر الفرق بين الحوالة وبين بيع الدين على من هو عليه بثمن مؤجل.

الدليل الرابع:

لكل واحد من المتبايعين غرض صحيح، ومنفعة مطلوبة؛ إذ تبرأ ذمة المدين عن دينه الأول، وتنشغل بدين آخر، قد يكون وفاؤه أسهل عليه وأنفع لجلب منافع الناس، وتحصيل مصالحهم.

ويناقش:

نحن لا نمانع إذا كان ذلك من قبيل المنفعة للدائن والمدين، وذلك لا يكون إلا إذا كان هناك وفاء في محل العقد، فيتحول البيع إلى بيع دين بعين، ويسلمه المبيع في مجلس العقد، فتبرأ ذمة المدين، وينتفع الدائن بقبض ماله، أما إذا كانت ذمته ستنتقل من دين لدين آخر، فما الفائدة المرجوة من ذلك، فلم ينتفع الدائن، ولم ينتفع المدين، والمقصود من العقود القبض، فهو عقد لم يحصل

(١) المرجع السابق (٢/ ٢٢٥).

(٢) إعلام الموقعين (٢/ ٩).

مقصوده أصلًا، وإذا كان المدين يراه أنه أسهل لوفاء دينه، فلينتظر حتى يكون المبيع معه، ثم يبيعه إياه، فيكون ذلك أسهل لوفاء دينه حقيقة لا دعوى.

الدليل الخامس:

استدل رَحِمَهُ اللَّهُ بالقياس على بيع العين بالدين.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: «إذا جاز أن يشغل أحدهما ذمته، والآخر يحصل على الربح، وذلك في بيع العين بالدين، جاز أن يفرغها من دين، ويشغلها بغيره، وكأنه شغلها ابتداء بقرض، أو بمعاوضة، فكانت ذمته مشغولة بشيء، فانتقلت من شاغل إلى شاغل»[(١)].

ويناقش:

هذا الكلام مدخول من أكثر من وجه:

الوجه الأول:

لو صح قياس بيع الدين بالدين، على بيع العين بالدين، لم يكن هناك إجماع على النهي عن بيع المؤخر بالمؤخر، وقد اتفقوا على منع بيع المؤخر بالمؤخر، كما لو باع عليه موصوفًا مؤجلًا، بثمن مؤجل.

الوجه الثاني:

ذكر ابن القيم أن كل واحد منهما له منفعة من هذه المعاملة، فالمدين أفرغ ذمته من دين، وشغلها بآخر، والآخر حصل على الربح.

والسؤال: كيف صحح ابن القيم أن يبيع الدين على من هو عليه بثمن مؤجل، وأذن له أن يربح فيه، مع أن بيع الدين على من هو عليه بثمن حال يشترط لجوازه

---

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٩).

ألا يربح فيه حتى لا يربح فيما لم يضمن، فبيعه بثمن مؤجل من باب أولى ألا يربح فيه.

الدليل السادس:

استدل ابن القيم على الجواز بالقياس على المقاصة، وهو بيع الساقط بالساقط.

يقول ابن القيم: «إذا كان الدين في ذمة المسلم إليه، فاشترى به شيئًا في ذمته فقد سقط الدين من ذمته، وخلفه دين آخر واجب، فهذا من بيع الساقط بالواجب، فيجوز كما يجوز بيع الساقط بالساقط في باب المقاصة»[1].

ويناقش:

هناك فرق كبير بين بيع المقاصة وبين مسألتنا، ففي بيع المقاصة تبرأ الذمم، وينتهي الدين، فهو بمنزلة بيع عين بعين، بينما في مسألتنا تنشغل ذمة المدين بدين آخر بلا فائدة، وكان بالإمكان أن يمهل المدين إذا كان المقصود الإرفاق به لولا ما يرجوه الدائن من أخذ الربح في مقابل زيادة الأجل.

❑ **الراجح:**

القول بالمنع؛ لأن المسألة لا تخرج إما أن يراد من هذه المعاملة منفعة الدائن، أو منفعة المدين، أو لا يراد منفعة أي واحد منهما.

فإن كان لا منفعة لهما كانت هذه المعاملة عبثًا، فالعاقل لا يبيع أو يشتري ما لا منفعة فيه للمتعاقدين.

وإن كان يرى أن المنفعة للدائن كان هذا من قبيل تقضي أو تربي، وتكون الزيادة في الأجل مقابل هذه المنفعة، وهي محرمة بالإجماع.

---

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٣٤٠).

وإن كانت المنفعة للمدين حيث يراه في الانتقال إلى المبيع الجديد أسهل لوفاء دينه، فلينتظر حتى يكون المبيع معه، ثم يبيعه إياه، فيكون ذلك أسهل لوفاء دينه حقيقة لا دعوى، ويكون من قبيل بيع دين بعين، وليس من قبيل بيع دين بدين، والله أعلم.



الفرع الثالث
جعل ما في يد المسلم إليه رأس مال لسلم

[م-٧١١] لو كان عند المسلم إليه أمانة، أو عين مغصوبة، ونحوها، فأراد ربها أن يجعلها رأس مال لسلم بينهما، فهل يصح ذلك؟

هذه المسألة تختلف عن المسألة السابقة، ففي المسألة السابقة كان رأس مال السلم في ذمة المسلم إليه، وأما في هذه المسألة فإن رأس مال السلم عين معينة في يد المسلم إليه، سواء كانت يده يد ضمان كالغاصب، أو كانت يده يد أمانة كالوديعة ونحوها، فلا يرد في هذه المسألة الإشكال السابق بأنه بيع دين بدين، لأن المال إذا تعين في يد المسلم إليه صار البيع من قبيل بيع الدين بالعين.

والسؤال هل ينوب القبض السابق للعقد مناب القبض المستحق في مجلسه، أم يحتاج الأمر إلى قبض جديد؟

في ذلك خلاف بين العلماء:

فقيل: ينوب القبض السابق لرأس مال السلم عن القبض المستحق في مجلس العقد، إذا كانت يد المسلم إليه يد ضمان، كما لو كان المال في يده بغصب، أو مقبوضًا بعقد فاسد.

فإن كانت يد المسلم إليه يد أمانة، كما لو كان المال في يده وديعة، أو عارية، لم ينب القبض السابق عن القبض اللاحق. وهذا مذهب الحنفية[1].

□ وجه ذلك:

أن القبض عند الحنفية ينقسم إلى قسمين: قبض ضمان، وقبض أمانة.

---

(١) انظر مجمع الضمانات (ص٢١٧)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٢، ٢٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨، ٢٤٨).

وقبض الضمان: هو: ما كان فيه القابض مسئولًا عن المقبوض تجاه غيره، فيضمنه إذا هلك عنده، ولو بآفة سماوية، كالمغصوب في يد غاصبه، والمبيع في يد مشتريه.

وقبض أمانة: وهو ما كان فيه القابض غير مسئول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ.

ويرى الحنفية أن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة.

وأن القبض السابق للعقد إذا كان مثل المستحق بالعقد، فإنه ينوب منابه، بمعنى: أن القبضين إذا تجانسا بأن كانا قبضي أمانة، أو كانا قبضي ضمان تناوبا؛ لأنه إذا كان مثله، أمكن تحقيق التناوب.

فالقبض الواجب في عقد السلم قبض ضمان، فيجب أن يكون القبض السابق لعقد السلم قبض ضمان؛ لينوب القبض السابق عن القبض اللاحق.

أما لو كان القبض السابق قبض أمانة، فإنه لا يصح أن ينوب هذا القبض عن الواجب لعقد السلم؛ لأن قبض الأمانة أضعف من قبض الضمان.

وذهب الجمهور إلى أنه لا حاجة إلى تجديد القبض، بل ينوب القبض السابق للعين مقام القبض اللاحق المستحق مطلقًا، سواء كانت يد القابض عليه يد ضمان، أم يد أمانة؛ لأن المراد بالقبض المستحق: إثبات اليد، والتمكن من التصرف في المقبوض، فإذا تحقق هذا الأمر فقد وجد القبض، ولا علاقة لكون المقبوض مضمونًا، أو أمانة في حقيقة القبض، ولا يوجد دليل على أنه ينبغي أن يقع القبض ابتداء بعد العقد(١).

---

(١) المدونة (٦/ ١٢٨)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٠٠)، شرح ميارة (١/ ١١١)، التاج والإكليل (٨/ ١٦)، مواهب الجليل (٦/ ٥٢)، أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٤٤)، =

جاء في كشاف القناع: «الشرط السادس للسلم: أن يقبض المسلم إليه، أو وكيله رأس ماله في مجلس العقد، أو ما في معنى القبض، كما لو كان عنده أي المسلم إليه أمانة، أو عين مغصوبة ونحوها، فجعلها ربها رأس مال سلم، فيصح؛ لأنه في معنى القبض»[١].



= غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٩٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٢٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٥٥)، السراج الوهاج (ص٢١٥)، المحرر (١/ ٣٧٤)، المغني (٥/ ٣٨١)، الفروع (٤/ ٦٤٢)، الإنصاف (٧/ ١٢٢).

(١) كشاف القناع (٣/ ٢٩١).

الفصل الثالث
في الشروط العائدة إلى المسلم فيه

أوسع المذاهب في جواز ما يسلم فيه هو المذهب المالكي، حيث لم يمنعوا السلم إلا في أربعة أشياء:

الأول: ما لا ينقل كالدور، والأراضين.

والثاني: مجهول الصفة، كتراب المعادن، والجزاف.

والثالث: ما يتعذر وجوده.

والرابع: ما يمتنع بيعه[١].

ولذلك أجاز المالكية وحدهم السلم في الجواهر، كما أجازوا السلم في كثير من المعدودات المتفاوتة، كالرمان، والبطيخ، وأجازوا أيضًا السلم في الأجود، والأردأ خلافًا لمذهب الجمهور، وسوف يتكشف لك عند الكلام على شروط المسلم فيه أن مذهب المالكية هو أوسع المذاهب، وأكثرها مرونة.



(١) الذخيرة (٥/ ٢٤١).

الشرط الأول
أن يكون المسلم فيه دينًا

قال القرافي: ما لا يكون في الذمة لا يكون دينًا[١].

[م-٧١٢] يشترط بالاتفاق أن يكون المسلم فيه دينًا، وإذا قلنا: (أن يكون دينًا) فإن ذلك يغني عن قولنا: (موصوفًا في الذمة) فهذه الجملة من باب التوكيد؛ لأن الدين لا يكون إلا موصوفًا في الذمة.

فالديون لا تثبت إلا في الذمم، بخلاف الأعيان، فإنها تثبت في الأيدي القابضة لها، وليس محلها الذمة.

قال القرافي: «ما لا يكون في الذمة لا يكون دينًا»[٢].

وما في الذمة لا يتعين لطالبه إلا إذا قبضه، فالديون في الفقه تقابل الأعيان، ومتى تعين الدين فقد خرج من كونه دينًا، وبناء عليه فإن الدين لا يكون أمانة؛ لأن الأمانة لا تكون مضمونة في الأصل، والديون مضمونة.

ويتفرع عن ذلك أن ما كان في الذمة لا يكون إلا موصوفًا؛ لأنه حق متعلق بشيء غير معين، فمن كان عليه دين فله قضاؤه من أي ماله شاء، أما الأعيان فإنها تستوفى بذاتها.

وكل حق ثابت في الذمة لا يبطل بتلف المال، كالدين، والقرض؛ لأنه لم يتعلق بعين معينة. وكل حق تعلق بالعين - كالوديعة، والمضاربة - فإنه يبطل بتلف المال.

---

(١) الفروق (٣/ ٢٥٩).

(٢) الفروق (٣/ ٢٥٩).

إذا علم ذلك فقد أجمع الفقهاء على أن المسلم فيه لا بد أن يكون دينًا موصوفًا.

وقولنا (دينًا موصوفًا) أخرج المعين، ولو كان موصوفًا؛ لأنه ليس بدين.

قال الباجي: «وأما السلم فلا بد أن يكون المسلم فيه موصوفًا؛ لأنه لا يصح أن يعرف إلا بالوصف؛ لأنه لا يجوز أن يكون معينًا، وإنما يكون متعلقًا بالذمة. وهذا لا خلاف فيه»[1].

وجاء في شرح ميارة: «لا خلاف أن من شروط السلم أن يكون متعلقًا بالذمة»[2].

وبناء عليه فلا يجوز أن يكون المسلم فيه معينًا؛ لأن السلم وضع لبيع شيء في الذمة، بثمن معجل، ومقتضاه ثبوت المسلم فيه دينًا في ذمة المسلم إليه، ومحله ذمة المسلم إليه، فإذا كان المسلم فيه معينًا تعلق حق رب السلم بذاته، وكان محل الالتزام ذلك الشيء المعين، لا ذمة المسلم إليه، ومن هنا كان تعيين المسلم فيه مخالفًا لمقتضى العقد.

فإذا جعل السلم في شيء معين فلا يخلو: إما أن يكون هذا الشيء المعين مملوكًا لغيره، أو مملوكًا له وقت العقد.

فإن كان مملوكًا لغيره وقت العقد لم يصح العقد؛ لأنه باع ما لا يملك، وهذا مجمع على بطلانه، وقد تكلمنا عنه في مسألة بيع ما ليس عند البائع فأغنى عن إعادة الكلام عليه هنا.

وإن كانت السلعة مملوكة له، فإن كان التسليم حالًا فإن العقد صحيح، ولكن لا ينعقد سلمًا، وإنما هو بيع من البيوع.

---

(١) المنتقى (٤/ ٢٩٢).

(٢) شرح ميارة (٢/ ٧٩).

وإن كان التسليم مؤجلًا، فذهب الجمهور إلى أنه لا يجوز التأجيل في الأعيان؛ لأن من شرط المؤجل عند الجمهور أن يكون دينًا موصوفًا في الذمة، فلا يجوز التأجيل في المعقود عليه (ثمنًا، أو مثمنًا) إذا كان معينًا.

لأن تأجيل الأعيان ينطوي على غرر، حيث من الممكن أن يهلك الشيء المعين قبل حلول وقت أدائه، فيستحيل تنفيذه، بخلاف ما لو كان المسلم فيه موصوفًا في الذمة، فإن الوفاء يكون بأداء أية عين يتحقق فيها الأوصاف المتفق عليها.

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فالآية تدل على جواز التأجيل في الديون، ولم يرد في النصوص ما يشير إلى جواز تأجيل الأعيان، ولهذا قال الكاساني في البدائع «التأجيل يلائم الديون، ولا يلائم الأعيان»(١).

وقال ابن عابدين: «الأعيان لا تقبل التأجيل»(٢).

---

(١) وتمام كلامه ﷺ، قال في البدائع: «ومنها: شرط الأجل في المبيع العين، والثمن العين، وهو أن يضرب لتسليمها أجل؛ لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلًا؛ لأنه تغيير مقتضى العقد؛ لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال، فكان مغيرًا مقتضى العقد، إلا أنه شرط نظر لصاحب الأجل لضرورة العدم ترفيهًا له، وتمكينًا من اكتساب الثمن في المدة المضروبة، ولا ضرورة في الأعيان، فبقي التأجيل فيها تغييرًا محضا لمقتضى العقد، فيوجب فساد العقد، ويجوز في المبيع الدين، وهو السلم، بل لا يجوز بدونه عندنا على ما نذكره في موضعه، وكذا يجوز في الثمن الدين، وهو بيع الدين بالدين؛ لأن التأجيل يلائم الديون، ولا يلائم الأعيان؛ لمساس حاجة الناس إليه في الديون، لا في الأعيان على ما بينا».

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٥٨)، وانظر فتح القدير (٦/ ٤٤٨)، الفتاوى الهندية (٣/ ٤).

وقال الرملي: «الأعيان لا تقبل التأجيل ثمنًا، ولا مثمنًا»[١].

وقال ابن رشد في بداية المجتهد: «وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر الصفقة»[٢].

وجاء في المدونة: «لما كره مالك أن أسلف في سلعة قائمة بعينها، وأضرب لأخذها أجلًا؟ قال: لأن ذلك عنده غرر، لا يدري أتبلغ تلك السلعة إلى ذلك الأجل أم لا، وهو يقدم نقده، فينتفع صاحب تلك السلعة بنقده، فإن هلكت تلك السلعة قبل الأجل كان قد انتفع بنقده من غير أن تصل السلعة إليه، فهذا مخاطرة وغرر»[٣].

وجاء في المجموع: «قال أصحابنا: إنما يجوز الأجل إذا كان العوض في الذمة، فأما إذا أجل تسليم المبيع، أو الثمن المعين، بأن قال: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا، فالعقد باطل»[٤].

وعلل الحنفية والشافعية المنع من التأجيل في المعين، بأنه إنما شرع الأجل لتحصيل المبيع، فإذا كان معينًا فقد تم تحصيله، فلا حاجة له.

قال في العناية: «الأجل في المبيع العين باطل؛ لإفضائه إلى تحصيل الحاصل، فإنه شرع ترفيهًا في تحصيله باتساع المدة، فإذا كان المبيع، أو الثمن حاصلًا كان الأجل لتحصيل الحاصل..»[٥].

---

(١) نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٤).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ١١٧)، وانظر المنتقى للباجي (٥/ ١١٥).
(٣) المدونة (٤/ ٢٧).
(٤) المجموع (٩/ ٤١٣).
(٥) العناية (٦/ ٤٤٨).

وقال السيوطي: «الأجل شرع رفقًا للتحصيل، والمعين حاصل»[١].

وعلل السمرقندي بأن الأجل في المعين لا يفيد، فقال: «ومنها: أن يشترط الأجل في المبيع العين، أو الثمن العين؛ لأن الأجل في الأعيان لا يفيد، فلا يصح، فيكون شرطًا لا يقتضيه العقد، فيفسد البيع»[٢].

وهذا الكلام فيما أرى ليس على إطلاقه، وإذا جاز على الصحيح: أن يبيع الدار، ويستثني سكناها مدة معينة، وهذا يقتضي عدم تسليم المعين، جاز الأجل في المعين، وقد تكلمت عن هذه المسألة في باب الشروط في البيع، والحمد لله.

كما تجوز على الصحيح الإجارة على مدة لا تلي العقد، وهذا يعني تأخير تسليم المعين، وسيأتي إن شاء الله تعالى بحث هذه المسألة في كتاب الإجارة، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.



(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٣٢٩).

(٢) تحفة الفقهاء (٢/ ٤٩).

الشرط الثاني
العلم بالمسلم فيه

المبحث الأول
العلم بالمسلم فيه بضبط مقداره

[م-٧١٣] معرفة مقدار المسلم فيه من الشروط المتفق عليها عند الفقهاء؛ لأن السلم متعلق بالذمة، وما تعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزافًا غير مقدر؛ لأن ما في الذمة لا يمكن معرفته إلا بالتقدير، بخلاف غيره، فإنه يمكن معرفته عن طريق الإشارة والتعيين.

ودليل ذلك:

(ح-٥٢٠) ما رواه البخاري من طريق ابن أبي نجيح، عن عبد الله ابن كثير، عن أبي المنهال عن ابن عباس ﵄، قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين، والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**. ورواه مسلم[١].

ويقاس على المكيلات، والموزونات غيرها.

قال ابن قدامة: «ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدار خلافًا»[٢].

ولأن العلم بالمبيع شرط من شروط صحة البيع، فإذا لم يعلم قدر المسلم فيه أفضى ذلك إلى جهالة المبيع، وهذا لا يجوز[٣].

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).

(٢) المغني (٤/ ١٩٢)، وانظر أسنى المطالب (٢/ ١٢٨).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٧)، الشرح الكبير (٣/ ٢٠٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٧).

الفرع الأول
السلم في المعدود

المطلب الأول
السلم في المعدودات المتماثلة

جاء في العناية: الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد في المالية، دون الأنواع(١).

[م-٧١٤] لا خلاف بين الفقهاء في السلم في المكيل، والموزون، وهما مالان، مثليان. واختلفوا في السلم في المعدودات المتماثلة، وفي المذروعات، هل يجوز السلم فيها؟

فقيل: يجوز، وهو مذهب الأئمة الأربعة في الجملة.

قال ابن نجيم: «ويصح في العددي المتقارب، كالبيض، والجوز؛ لأنه معلوم مضبوط، مقدور التسيلم، وما فيه من التفاوت مهدر عرفًا. ولا خلاف في جوازه عددًا...»(٢).

---

(١) العناية شرح الهداية (٧/ ٧٥)، ومعنى عبارته: أن ما تتفاوت آحاده في المالية فهو من العددي المتفاوت، وأما ما كانت آحاده متماثلة، أو كانت أنواعه مختلفة الحجم، ولكنه في المالية متحد كالبيض مثلًا فإنه وإن اختلفت أنواعه، فمنها الكبير والصغير، إلا أنه في المالية متحد، فالبيض الكبير في القيمة لا يختلف عن البيض الصغير.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: البحر الرائق (٦/ ١٦٩، ١٧٠)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٩٨)، فتح القدير (٧/ ٧٤، ٧٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٧)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٧٩، ١٨٠)، العناية شرح الهداية (٧/ ٧٢، ٧٣)، الجوهرة النيرة (١/ ٢١٧).
وفي مذهب المالكية: انظر الشرح الكبير (٣/ ٢٠٧)، الخرشي (٥/ ٢١٢)، المنتقى (٤/ ٢٩٦)، التاج والإكليل (٤/ ٥٣٠). =

□ وجه الجواز:

أن مناط الحكم إمكان ضبط الصفة، ومعرفة المقدار، فجاز إلحاقهما بالمكيل، والموزون؛ لأن الجهالة ترتفع بذلك بصرف النظر عن كونه قيميًا أو مثليًا.

وقيل: لا يجوز السلم إلا في المكيل، والموزون، خاصة اختاره ابن حزم، ولا يجوز السلم في المعدود، والمذروع[(١)]، ووافقه الحنابلة في المذروع في أحد القولين[(٢)].

= وأما مذهب الشافعية وإن كانوا يرون السلم في العدد في الجملة، إلا أنهم من أضيق المذاهب في هذا، فلا يرون السلم في البيض، والجوز، واللوز، والبطيخ، والقثاء، والبقول، والسفرجل، والرمان، والباذنجان، والموز عن طريق العدد، وإنما المعتبر فيها السلم عن طريق الوزن.

انظر روضة الطالبين (٤/ ١٤)، السراج الوهاج (ص٢٠٦)، المهذب (١/ ٢٩٨، ٢٩٩)، حاشية البجيرمي (٢/ ٣٣٣)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٧)، السراج الوهاج (ص٢٠٦)، نهاية المحتاج (٤/ ١٩٤).

جاء في تكملة المجموع للمطيعي (١٢/ ١٩٨): «أما السلف في العدد فقد جعله الشافعي لا يجوز إلا مع مراعاة ما وصف من الحيوان الذي يضبط سنه، وصفته، وجنسه، والثياب التي تضبط بجنسها، وحليتها، وذرعها، والخشب الذي يضبط بجنسه، وصفته، وذرعه، وما كان في معناه، ولم يجز الشافعي السلف في البطيخ، ولا القثاء، ولا الخيار، ولا الرمان، ولا السفرجل، ولا الموز، ولا البيض، أي بيض كان، دجاج أو حمام أو غيره - ولا البرتقال، ولا اليوسفي، وكذلك ما سواه مما يتبايعه، وما كان في معناه؛ لاختلاف العدد، واختلافه في الوزن؛ لأن بعضها قد يزن الكيلو منها عددًا يختلف بعضه عن بعض، فلا يضبط بعدد ولا وزن، وما كان مما لا يضبط، أو بيع عدد فيكون مجهولًا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن، فيضبط بالكيل والوزن...».

وانظر في مذهب الحنابلة: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١١)، المغني (٤/ ١٩٢)، الإنصاف (٥/ ٨٤، ٨٥).

(١) قال ابن حزم في المحلى مسألة: ١٦١٣(٨/ ٣٩): «ولا يجوز السلم إلا في مكيل أو موزون فقط، ولا يجوز في حيوان، ولا مذروع، ولا معدود، ولا في شيء غير ما ذكرنا».

(٢) الإنصاف (٥/ ٨٤، ٨٥).

استدلالًا بظاهر حديث ابن عباس المتفق عليه قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين، والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**(١).

وأجيب:

بأن الحديث خص الكيل، والوزن؛ لغلبتهما، وللتنبيه على غيرهما(٢).

ولو أخذنا بظاهر الحديث، لقلنا: ظاهره يوجب الجمع بين الكيل، والوزن، لقوله ﷺ: (**في كيل معلوم، ووزن معلوم**)، ولم يقل بهذا أحد، فيكون تقدير الحديث من أسلم في مكيل فليكن الكيل معلومًا، ومن أسلم في موزون فليكن الوزن معلومًا.

ولأن الكيل، أو الوزن، ليس مقصودًا في المعاوضة، وإنما هو معيار للوصول إلى معرفة مقدار المبيع، لذلك ينبغي أن يقاس على الكيل، والوزن كل معيار يمكن أن يؤدي نفس الوظيفة في معرفة مقدار المبيع. وهذا هو الراجح.



(١) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).
(٢) مغني المحتاج (٢/ ١٠٧).

المطلب الثاني
السلم في المعدود المتفاوت

قال الزيلعي: «الأصل أن كل معدود تتفاوت آحاده في المالية، لا يجوز السلم فيه»(١).

وقال في حاشية تبيين الحقائق: «ما اختلفت آحاده في القيمة، واتفقت أجناسه، فلا يجوز السلم فيه»(٢).

[م-٧١٥] علمنا في المبحث السابق حكم السلم في المعدود المتماثل، وأما السلم في المعدود المتفاوت الآحاد، فقد اختلف العلماء في السلم فيه:

فقيل: العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه عددًا، وهذا مذهب الحنفية(٣).

☐ وجه من قال: لا يجوز السلم في العددي المتفاوت.

الوجه الأول:

أن العددي المتفاوت لا يمكن ضبطه بالوصف؛ إذ يبقى فيه جهالة فاحشة

(١) تبيين الحقائق (٤/ ١١٢، ١١٣).

(٢) حاشية تبيين الحقائق (٤/ ١١١).

(٣) المبسوط (١٢/ ١٣٦)، وقال في حاشية تبيين الحقائق (٤/ ١١١) وأما العددي المتفاوت وتفسيره، ما نقل عن أبي يوسف: ما اختلفت آحاده في القيمة، واتفقت أجناسه فلا يجوز السلم فيه، وذلك كالدرر والجواهر واللآلي والأدم والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها، إلا إذا بين شيئًا معلومًا وطولًا معلومًا وغلظًا معلومًا، وأتى بجميع شرائط السلم، والتحق بالمقارب فيجوز. اهـ

وقال في الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٢، ١٨٣): «وكل معدود تتفاوت آحاده/ كالبطيخ والرمان لم يجز السلم فيه عددًا، كذا في الحاوي...».

وانظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٤)، البحر الرائق (٦/ ١٧٠)، مجمع الأنهر (٢/ ٩٨).

مفضية إلى المنازعة ولو بينا جنسه، ونوعه، وصفته، وقدره[١].

الوجه الثاني:

أن من شرط المسلم فيه أن يثبت دينًا في الذمة، والمتفاوت الآحاد لا يمكن أن يكون دينًا في الذمة، ولا يصح قرضه، فلا يصح السلم فيه.

وقيل: يقدر بالعدد، أو بالوزن، تبعًا لعرف أهل بلد محل العقد، ويقاس بخيط لمعرفة محيطها، ويوضع هذا الخيط عند أمين. وهذا مذهب المالكية[٢].

أما كون التقدير بالعدد، أو بالوزن، فإن الرجوع فيه إلى ما تعارف عليه أهل بلد محل العقد، فما اعتادوا بيعه بالعدد، كان تقديره بالعدد، وما اعتادوا بيعه بالوزن، كان تقديره بالوزن.

وأما القياس بالخيط بالإضافة إلى العدد، أو الوزن فلضبط الحجم من صغر، وكبر مما تختلف فيه أغراض الناس، وتتفاوت فيه القيمة.

وقيل: يقدر بالوزن، وهذا مذهب الشافعية[٣]، والراجح في مذهب الحنابلة[٤].

□ **وجه من قال: يقدر بالوزن فقط:**

أن العددي المتفاوت لا يمكن ضبطه بالعدد؛ لأن آحاده متفاوتة، فلا ينضبط

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٩).

(٢) الخرشي (٥/ ٢١٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٠٧)، منح الجليل (٥/ ٣٦١).

(٣) نهاية المحتاج (٤/ ١٩٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣١٠)، السراج الوهاج (ص٢٠٦)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٧)، نهاية المطلب - الجويني (٦/ ٥٠)، الوسيط (٣/ ٤٣٨).

(٤) كشاف القناع (٣/ ٢٩٨).

قدره بالعدد. ولا يمكن ضبطه بالمكيال؛ لأنه يتجافى بالمكيال، فلم يبق إلا الوزن.

❑ الراجح:

أن المعدود إذا كانت آحاده متفاوتة، ويشكل هذا التفاوت فرقًا مقصودًا، فإن السلم ينبغي أن يكون في الوزن، أو في الكيل، إن كان يمكن ضبطه بذلك مع وصف الحجم وصفًا يقطع النزاع، فإن لم يمكن ضبط صفاته بذلك لم يجز السلم فيه.



المطلب الثالث
السلم في المعدود كيلًا أو وزنًا

[م-٧١٦] إذا جاز السلم في المعدود؛ لكون آحاده متماثلة، أو متقاربة، فهل يجوز السلم فيه كيلًا، أو وزنًا؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ما جاز السلم فيه عددًا جاز ضبطه كيلًا، ووزنًا، إن أمكن ضبطه بذلك، وهذا مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣).

القول الثاني:

اختار بعض الشافعية عدم جواز السلم في المعدود كيلًا، بل يقدر المعدود بالوزن فقط(٤)، وهو قول في مذهب الحنابلة(٥).

وجهه: أن المعدود لما كان يدخله التباين في حجمه، وفي وزنه، كان تقديره بالوزن أضبط، ولأنه يتجافى بالمكيال، فلا يمكن ضبطه بالكيل.

---

(١) قال في الدر المختار (٥/ ٢١١): «وما جاز عدًا جاز كيلًا ووزنًا» وانظر معه حاشية ابن عابدين (٥/ ٢١١).

(٢) جاء في المدونة (٤/ ١٢): «قال ابن القاسم: . . . سمعت مالكًا يقول: لا بأس بالسلف في الجوز على العدد، فإن كان الكيل أمرًا معروفًا فلا بأس بذلك».

(٣) نهاية المطلب - الجويني (٦/ ٥٠).

(٤) نهاية المطلب - الجويني (٦/ ٥٠)، الوسيط (٣/ ٤٣٨).

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١١).

والجمهور يشترطون أن يمكن ضبطه بالكيل، فإذا كان يتجافى في المكيال لم يمكن ضبطه بالكيل، فلا بد من الوزن.

القول الثالث:

سبق لنا أن ابن حزم لا يرى السلم في غير المكيل، والموزون، وقد ذكرنا دليله، وأجبنا عليه في المسألة السابقة، فأغنى عن إعادته، والحمد لله.



الفرع الثاني
يجب أن تكون وحدة الكيل معلومة عند العامة

شرط صحة السلم أن يكون المسلم فيه معلوم القدر بمعيار يؤمن فقده[١].

[م-٧١٧] أشار الفقهاء إلى أن المعيار يجب أن يكون معلومًا، ومعتادًا عند عامة الناس، سواء أ كان ميزانًا، أم مكيالًا، أم ذرعًا؛ لإمكان الرجوع إليه. ويفسد السلم بتقدير المسلم فيه بمقياس غير معتاد، ككوز، أو إناء، أو صنجة، أو غير ذلك مما هو غير معتاد؛ لأنه قد يهلك، أو يضيع، فيؤدي إلى المنازعة.

قال ابن قدامة: «ويجب أن يقدره بمكيال، أو أرطال معلومة عند العامة، فإن قدره بإناء معلوم، أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح؛ لأنه يهلك، فيتعذر قدر المسلم فيه، وهذا غرر لا يحتاج إليه العقد.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن المسلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره، ولا في ثوب بذراع فلان؛ لأن المعيار لو تلف، أو مات فلان بطل السلم»[٢].

وقال في منح الجليل: «وفسد السلم إن ضبط فيه بشيء مجهول، من كيل، أو وزن، أو عدد، كملء هذا الوعاء حنطة، أو وزن هذا الحجر زيتًا، أو عدد هذا الحصى بيضًا»[٣].

وقال في نهاية المطلب: «إن وقعت الإشارة إلى قصعة ما، جرى العرف في الكيل بها، وبأمثالها، فقد اتفق الأئمة على بطلان السلم. والسبب فيه: أن ملأه

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٨).
(٢) المغني (٤/ ١٩٢).
(٣) منح الجليل (٥/ ٣٦٢، ٣٦٣).

مجهول. . . وينضم إلى ذلك أن القصعة عرضة للتلف. . . ولو تلفت القصعة لم يدر المتعاقدان إلى ماذا رجوعهما.

وإن أشار إلى مكيال ملؤه معلوم، وشرط أن يقع الكيل به دون غيره، ففي المسألة وجهان مشهوران:

أحدهما: أن العقد يفسد؛ لإلزام ما لا يلزم، مع تعرض ذلك المعين للتلف كما قدمناه.

والوجه الثاني: أن السلم يصح، والمعقود عليه ملء ذلك الصاع، وتعيين ذلك فاسد لا يتعلق بغرض العقد، وقد ذكرنا أن الشرائط التي لا تتعلق بغرض العقد ملغاة، لا حكم لها»(١).

وقال في كشف المخدرات: «ولا يصح شرط صنجة، أو مكيال، أو ذراع لا عرف له، لكن لو عين مكيال رجل بعينه، أو ميزانه، أو صنجته، أو ذراعه، صح العقد دون التعيين»(٢).



(١) نهاية المطلب - الجويني (٦/ ٣٣).

(٢) كشف المخدرات (ص٤١٠).

الفرع الثالث
الإسلام بالمكيل وزنًا والعكس

ما كان اشتراط المعيار فيه لضبط القدر، لا لتحقيق المساواة، صح ضبط المكيل بالوزن، والموزون بالكيل، بخلاف الربويات.

[م-٧١٨] لا خلاف بين الفقهاء أن المكيلات تقدر بالكيل، والموزونات تقدر بالوزن، واختلفوا هل يقدر المكيل وزنًا، أو الموزون كيلًا؟

فقيل: يصح، وهو مذهب الحنفية، والشافعية(١)، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد(٢).

□ وجه القول بالجواز:

أن المطلوب في السلم هو معرفة المقدار، وهذا حاصل في كيل الموزون، أو وزن المكيل، بخلاف الربويات، فإن المطلوب تحقيق المماثلة، ولهذا اعتبر المعيار الشرعي.

---

(١) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٦/ ١٦٩): «ولو أسلم في المكيل وزنًا كما إذا أسلم في البر والشعير بالميزان، فيه روايتان، والمعتمد الجواز».
وانظر تبيين الحقائق (٤/ ١١١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٠٩)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٢).
وفي مذهب الشافعية: نهاية المطلب - الجويني (٦/ ٤٩)، إعانة الطالبين (٣/ ١٨)، الوسيط (٣/ ٤٣٢)، روضة الطالبين (٤/ ١٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٧).
ونبه الجويني على أن إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله إعلامًا وضبطًا لقدره، بخلاف فتات المسك والعنبر؛ لأن للقدر اليسير منه مالية كثيرة، والكيل لا يعد ضابطًا فيه.
انظر نهاية المطلب (٦/ ٤٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٧).

(٢) الإنصاف (٥/ ٩٦).

وقيل: يضبط المسلم فيه بما جرت العادة بضبطه في بلد السلم، بصرف النظر عن معياره الشرعي من كيل، أو وزن. وهذا مذهب المالكية[(١)].

وقيل: لا يصح أن يسلم في المكيل وزنًا، ولا في الموزون كيلًا، وهو رواية في مذهب الحنفية[(٢)]، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وعليه أكثر الأصحاب، وهو المذهب[(٣)].

□ وجه المنع:

أن معرفة مقدار الشيء يجب أن تكون بمعياره الشرعي، كيلًا فيما يكال، ووزنًا فيما يوزن، فما يشترط معرفة قدره، لم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل، كبيع الربويات بعضها ببعض.

وقيل: لا يجوز في الموزون كيلًا، يعني، ويجوز في المكيل وزنًا؛ لأن الوزن أضبط من الكيل. وهو وجه ضعيف عند الشافعية[(٤)].

والراجح مذهب الحنفية، والشافعية، وأن استخدام أي وحدة قياسية عرفية يتفق عليها المتعاقدان، ويمكن أن تضبط لنا مقدار المسلم فيه، ولو كانت غير مستعملة في زمن النبوة، فإن هذا كاف في رفع الجهالة عن المسلم فيه، والتفاوت اليسير لا يضر، والقياس على بيع الربوي بجنسه قياس غير صحيح؛ لأن الربوي إذا بيع بجنسه اشترط فيه التماثل، والتقابض، وهذا غير معتبر في عقد السلم، والله أعلم.

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٠٧)، الخرشي (٥/ ٢١٢).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١٦٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١١١).

(٣) الإنصاف (٥/ ٩٦)، المبدع (٤/ ١٨٧)، الكافي (٢/ ١١١)، المحرر (١/ ٣٣٣)، المغني (٤/ ١٩٢).

(٤) روضة الطالبين (٤/ ١٤).

المبحث الثاني
العلم بالمسلم فيه بضبط صفاته

قال القاضي عبد الوهاب المالكي: «ما تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم»(١).

[م-٧١٩] علمنا من خلال الشرط الأول، أن المسلم فيه لا بد أن يكون دينًا، فلا يجوز السلم في شيء معين. وقد تكلمنا في الشرط السابق عن العلم بقدر المسلم فيه، وفي هذا المبحث نتكلم عن العلم بالمسلم فيه بضبط صفاته.

فمن المعلوم أن العلم بالمبيع شرط لصحة البيع، ومنه عقد السلم، وطريق العلم بالمبيع: إما الرؤية، وإما الوصف. ورؤية المبيع في عقد السلم متعذرة؛ لكون المسلم فيه موصوفًا في الذمة، فيتعين الوصف طريقًا لمعرفة المسلم فيه.

قال القاضي عبد الوهاب المالكي: «ما تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية، كالسلم»(٢).

وإذا كان بيع السلم من بيع الموصوف، فإنه يشترط فيه أن يكون مما ينضبط بالصفة التي يختلف الثمن باختلافها اختلافًا ظاهرًا، كالمكيلات، والموزونات، والمذروعات. وما لا يمكن ضبطه بالصفة لا يصح السلم فيه(٣)؛ لأن البيع يقع فيه على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز(٤).

---

(١) المعونة (٢/ ٩٧٨).
(٢) المعونة (٢/ ٩٧٨).
(٣) انظر الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٠٨).
(٤) المهذب (١/ ٢٩٧).

(ح-٥٢١) لما رواه البخاري من طريق ابن أبي نجيح، عن عبد الله بن كثير، عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين، والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**. ورواه مسلم(١).

والصفات الواجب ذكرها بالاتفاق: هي الجنس، والنوع، والجودة، أو الرداءة، وهذه لا بد من ذكرها في السلم.

قال ابن قدامة: «لا نعلم بين أهل العلم خلافًا في اشتراطها»(٢).

واختلفوا في وجوب ذكر غيرها معها، كاللون، والبلد ونحو ذلك.

فالحنفية نصوا في كتبهم على ذكر الأوصاف الثلاثة: الجنس، والنوع والصفة (جيد، رديء، وسط) ولم يذكروا غيرها اكتفاء بها(٣).

وأما غير الحنفية فذكروا أوصافًا أخرى زائدة على الأوصاف الثلاثة، وهي تختلف باختلاف المسلم فيه، كلونه، وبلده، وحداثته، وقدمه، وكل وصف يختلف به الغرض، والثمن، فيجب ذكره. وهذا مذهب المالكية(٤)،

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).

(٢) المغني (٤/ ١٨٨).

(٣) تحفة الفقهاء (٢/ ١٠، ١١)، البحر الرائق (٦/ ١٧٤)، المبسوط (١٢/ ١٢٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٧).

(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٠٩)، مواهب الجليل (٤/ ٥٣١، ٥٣٢)، الخرشي (٥/ ٢١٤).
جاء في شرح ميارة (٢/ ٨٠): «يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف بها قيمة المسلم فيه اختلافًا لا يتغابن المتبايعان بمثله، وظاهره أن الصفة إذا كانت لا تختلف القيمة بسببها، أنه لا يجب بيانها في السلم، وعبارة غيره أقرب؛ لأنهم يقولون: يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف الأغراض بسببها، واختلاف الأغراض لا يلزم منه اختلاف القيمة/ لجواز أن يكون ما تعلق له الغرض صفة يسيرًا عند التجار، وتخلفها صفة أخرى».

والشافعية[١]، والحنابلة[٢].

❑ وجه قول الحنفية:

بأن الأوصاف الثلاثة تكفي في ضبط المسلم فيه:

فإذا ذكر الجنس، كأن يقول: حنطة، شعير، تمر.

وذكر النوع، كأن يقول: تمر برني، سكري.

وذكرت الصفة، كقولك: جيد، وسط، رديء. فهذه الأوصاف اشتملت على ما وراءها من الصفات.

ولأن استقصاء جميع الصفات يتعذر، وربما يفضي الحال إلى عدم القدرة على تسليم المسلم فيه عند الأجل، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها اختلافًا ظاهرًا.

❑ وجه قول الجمهور:

أن هذا يختلف باختلاف المسلم فيه، فبعض المسلم فيه قد يكفي في وصفه ذكر الصفات الثلاث: الجنس، والنوع، والصفة. وبعض المسلم فيه لا بد فيه من ذكر اللون، والبلد، والحداثة، والقدامة، باعتبار أن هذه الأوصاف مؤثرة في قيمة المسلم فيه، وتختلف فيها أغراض المتعاقدين، وبناء عليه فلا بد من ذكر مثل هذه الصفات قطعًا للنزاع والاختلاف.

---

(١) المهذب (١/ ٢٩٩)، روضة الطالبين (٤/ ١٥، ١٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٨)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٠).

(٢) الكافي (٢/ ١١٤)، المغني (٤/ ١٨٨)، المبدع (٤/ ١٨١)، الروض المربع (٢/ ١٤٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٨)، الإنصاف (٥/ ٨٤)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٣)، الفروع (٤/ ١٧٧).

فكل جنس لا أثر للحدوث والعتق فيه، لا حاجة إلى التعرض لذكره، وكل جنس يكون للحداثة، والقدامة أثر، فلا بد من التعرض لذلك، خذ مثلًا التمر، فإذا كان المسلم فيه تمرًا، فلا بد من ذكر كونه حديثًا أو عتيقًا؛ لاختلاف الثمن، والغرض. وأما لو أسلم في الرطب فلا حاجة للتعرض للحداثة، والعتق.

ومثله العسل، فلا بد من ذكر كونه جبليًا، أو بلديًا، وهكذا.

وأما دعوى أن استقصاء جميع الصفات متعذر، ويفضي إلى عدم القدرة على التسليم، فهذا غير مسلم، بل ذلك أضبط، وأبعد عن الاختلاف.

وهذا القول هو الراجح، والله أعلم.

وهذا بيان لبعض السلع مما اشترط فيه الجمهور بيان صفات زائدة على الجنس، والنوع، والجودة.

ففي القمح: يوصف بذكر نوعه، وبلده، وجودته، ورداءته، ولونه، وجدته[(١)].

وفي الحيوان: يذكر النوع، واللون، والذكورة، والأنوثة، والسن، والسمن، والهزل[(٢)].

وفي الثياب: يذكر النوع، والبلد التي نسجت فيه، والطول، والعرض، والدقة، والغلظة بالنسبة لغزله، والصفاقة، والرقة بالنسبة لنسجه، والنعومة والخشونة.

وفي العسل: يذكر أنه جبلي، أو بلدي، ويذكر الزمان، ربيعي، أو خريفي، واللون، أبيض، أو أحمر[(٣)].

وهذه نماذج يقاس عليها غيرها، والله أعلم.

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٥٣٣).
(٢) مواهب الجليل (٤/ ٥٣٣)، المغني (٤/ ١٨٩).
(٣) المغني (٤/ ١٨٩).

الفرع الأول
في اشتراط الأجود أو الأردأ

قال السرخسي: صفة الجودة لا تستحق إلا بالشرط[١].

وقال السبكي: صفة الجودة لا تستحق بالعقد، إلا بالشرط[٢].

[م-٧٢٠] اختلف الفقهاء فيما إذا اشترط المسلم الأجود.

فقيل: لا يصح اشتراط الأجود، ويصح اشتراط جيد، ورديء، ويجزئ ما يصدق عليه أنه جيد، ورديء. وهذا مذهب الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

❑ وجه المنع:

عدم انضباط الوصف؛ لأنه ما من جيد إلا ويمكن وجود أجود منه.

قال الشافعي: «ولا يجوز أن يقول: أجود ما يكون من الطعام؛ لأنه لا يوقف على حده...»[٥].

وقيل: يصح اشتراط الأجود، والأردأ، وهو مذهب المالكية[٦].

❑ وجه القول بالجواز:

أنه غير متعذر، بل معلوم، ومتيسر عند الناس.

---

(١) المبسوط (١٥/ ٩٣).

(٢) تكملة السبكي (١٠/ ١٣٦).

(٣) الأم (٣/ ٧٢)، المهذب (١/ ٢٩٩)، نهاية المحتاج (٤/ ٢١٣).

(٤) الروض المربع (٢/ ١٤١)، المبدع (٤/ ١٨٥)، المغني (٤/ ١٨٨)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٦).

(٥) الأم (٣/ ٧٢).

(٦) الذخيرة (٥/ ٢٥١).

واختلف الفقهاء في اشتراط الأردأ: فقيل: يصح.

وهو قول في مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة(١).

❑ وجه الصحة:

قال الشيرازي: «لأنه إن كان ما يحضره هو الأردأ، فهو الذي أسلم فيه، وإن كان دونه أردأ منه، فقد تبرع بما أحضره، فوجب قبوله، فلا يتعذر التسليم»(٢).

وقال زفر: لا يجبر على قبوله؛ لأنه متبرع به، ولو تبرع عليه بزيادة قدر، كان له ألا يقبل تبرعه، فكذلك إذا تبرع بالجودة(٣).

ونوقش:

بأن هذا من باب حسن القضاء، وإيفاء الحق بكماله، وقد قال ﷺ: **خيركم أحسنكم قضاء**(٤).

وقيل: إن كانت رداءة النوع صح؛ لانضباط ذلك، وإن كانت رداءة العيب لم يصح؛ لأنها لا تنضبط. وهذا التفصيل لبعض الشافعية(٥).

وقيل: لا يصح، وهو نص الشافعي في الأم، والمشهور من مذهب الحنابلة(٦).

❑ وجه المنع:

أنه ما من رديء إلا ويوجد رديء آخر، أقل منه.

---

(١) المبدع (٤/ ١٨٥)، المغني (٤/ ١٨٨).

(٢) المهذب (١/ ٢٩٩).

(٣) المبسوط (١٢/ ١٥٣).

(٤) انظر المبسوط (١٢/ ١٥٣).

(٥) نهاية المحتاج (٤/ ٢١٣).

(٦) المبدع (٤/ ١٨٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢١٩).

قال الشافعي: «ولا أردأ ما يكون (أي لا يجوز أن يقول: أردأ ما يكون) لأنه لا يوقف على حده، فإن الرديء يكون بالغرق، وبالسوس، وبالقدم، فلا يوقف على حده»[(١)].

وقد ساق شيخنا ابن عثيمين في شرحه لنا لزاد المستقنع قولًا آخر، وهو أنه يصح شرط الأجود والأردأ، ويحمل على ما يكون في سوق البلد، أي أجود ما يكون في السوق، وأردأ ما يكون في السوق. وهذا معروف عند أهل العرف، والاختلاف الذي يمكن أن يقع فيه اختلاف لا يضر[(٢)].

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال والأدلة أجد أن القول الوسط هو القول بصحة شرط لأردأ دون شرط الأجود.

قال شيخنا ابن عثيمين ﵀: وهذا القول أقطعها للنزاع، وأقربها للصواب.



(١) الأم (٣/ ٧٢).

(٢) الشرح الممتع (٩/ ٦٨).

الفرع الثاني
إقامة الأنموذج مقام وصف السلم

المشاهدة أبلغ من الوصف، وترفع الغرر.

[م-٧٢١] الأنموذج: هو مثال الشيء الدال على صفته، فهل يمكن أن يقوم الأنموذج مقام وصف المسلم فيه، خاصة أن مسألة الأنموذج مفروضة في المتماثلات، والتي آحاده متساوية كالمكيل، والموزون؟

في ذلك خلاف بين أهل العلم:

فقيل: لا يقوم الأنموذج مقام الوصف في السلم، وهذا مذهب الشافعية(١)، والمذهب عند الحنابلة(٢)، واختيار ابن القاسم من المالكية(٣).

وقيل: يصح، ويقوم مقام الوصف. وهو مذهب الحنفية(٤)، وهو نص

---

(١) قال النووي في المجموع (٩/ ٣٦٠): «ولا يقوم ذلك - يعني الأنموذج - مقام الوصف في السلم على الصحيح من الوجهين؛ لأن الوصف يرجع إليه عند النزاع بخلاف هذا».

وانظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠٧)، الوسيط (٣/ ٣٩)، روضة الطالبين (٣/ ٣٧١)،

(٢) المغني (٤/ ١٨٨).

(٣) الذخيرة (٥/ ٢٥١) وقال في التاج والإكليل (٤/ ٥٣١): «وقد اختلف في السلم على المثال، مثل أن يقول له: أسلم لك على مثال يريه إياه، فقيل: يجوز؛ لأن المقصود منه ذكر الصفات. وقيل: يمنع؛ لأن رؤية المثال تفيد المناسب في الصفات الخاصة، فيؤدي إلى إعواز الوجود، وينبغي أن يكون هذا مثالًا في حال إن قصد بالمثال المشابهة في الصفات العامة جاز؛ لأنه كذكر الصفة، وإن قصد به المشابهة في كل الصفات منع».

(٤) المبسوط (١٣/ ٧٢)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٦)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٤٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٩٦)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٢٤).

المدونة[١]، وقول في مذهب الشافعية[٢]، وقول في مذهب الحنابلة[٣].

والمسألة مبنية على مسألة سابقة سبق تحرير الخلاف فيها، فمن منع بيع الأنموذج في البيع المطلق، فهو سيمنعه في باب السلم؛ لأنه مثله، أو أولى منه، ومن صحح البيع برؤية الأنموذج، فقد اختلفوا في تصحيحه في وصف المسلم فيه، بناء على أن الأنموذج قد يتعرض للتلف فيحصل النزاع.

قال النووي: «ولو قال: أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب، أو مائة صاع حنطة، كهذه الحنطة، قال العراقيون: لا يصح... لأن هذه الحنطة، والثوب قد يتلفان.

وقال في التهذيب: يصح، ويقوم مقام الوصف»[٤].

ولأنه من الممكن حفظ الأنموذج وضبطه، والمشاهدة أبلغ من الوصف، والله أعلم.

وقد تكلمنا عن بيع الأنموذج في البيع المطلق في عقد البيع، فارجع إليه إن شئت.



(١) المدونة (٤/ ٦٨)، التاج والإكليل (٤/ ٥٣١)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٢)، الذخيرة (٥/ ٢٥١).
(٢) المجموع (٩/ ٣٦٠)، الروضة (٤/ ١٥).
(٣) المغني (٤/ ١٨٨).
(٤) الروضة (٤/ ١٥).

الفرع الثالث
السلم في الجواهر

[م-٧٢٢] اختلف الفقهاء رحمهم الله في السلم في الجواهر.

فقيل: لا يجوز، وهو مذهب الجمهور[(١)].

وقيل: السلم جائز إذا اشترط من ذلك شيئًا معروفًا، وصفة معروفة.

وهذا مذهب مالك[(٢)]، وقول في مذهب الحنابلة[(٣)]، واختيار أبي ثور[(٤)].

❑ وجه قول الجمهور:

أن الجواهر لا يمكن أن تنضبط بالوصف؛ لأن آحادها تختلف اختلافًا متباينًا بالصغر، والكبر، وحسن التدوير، وزيادة الصفاء، وبعضها قد يتحد وزنًا، ويختلف قيمة، وما كان هذا شأنه، لا يمكن أن يسلم فيه.

❑ وجه قول المالكية:

أن الجواهر يمكن لأهل الخبرة أن يضبطوا صفاتها، وما أمكن ضبط صفته جاز السلم فيه.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الاختيار (٢/ ٣٧)، البناية (٧/ ٤٧٤)، المبسوط (١٢/ ١٤٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٢٤)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٥).
وانظر في مذهب الشافعية: المهذب (٣/ ١٦٤)، روضة الطالبين (٤/ ١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١١٠)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٣)، الكافي (٢/ ١٠٩).
وانظر في مذهب الحنابلة: كشاف القناع (٣/ ٢٩١)، الإنصاف (٥/ ٨٨).

(٢) المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٤).

(٣) الإنصاف (٥/ ٨٨).

(٤) اختلاف الفقهاء للطبري (ص١٣٨).

❑ الراجح:

الخلاف بين الجمهور والمالكية هو في تحقيق المناط، هل الجواهر يمكن ضبط صفاتها أو لا يمكن؟ فإن قال أهل الخبرة: إن ذلك ممكن، ويعلمه غالب الناس، دون آحادهم جاز السلم، وما كان مختصًا بأهل الخبرة، ولا يضبطه آحاد الناس، لم يجز السلم فيه.



الفرع الرابع
السلم في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط

[م-٧٢٣] اختلف الفقهاء في السلم في الأواني المختلفة الرؤوس:

فقيل: يجوز السلم في هذه الأواني؛ لأنه يمكن ضبطها، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية، وقول في مذهب الشافعية[٢]، وقول في مذهب الحنابلة[٣].

☐ وجه القول بالجواز:

أن ضبط صفاتها ممكن، وذلك ببيان ارتفاعها، ودور أسفلها وأعلاها...

وقيل: لا يجوز، وهو قول في مذهب الحنفية[٤]، والمذهب عند الشافعية[٥]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٦].

☐ وجه المنع:

قالوا: لأنه لا يمكن ضبط صفاتها؛ لاختلاف رؤوسها وأوساطها.

☐ الراجح:

الخلاف بين القولين هو اختلاف في تحقيق المناط، هل هذه الأواني يمكن ضبط صفاتها أو لا يمكن؟ والقول بأنه لا يمكن ضبط صفاتها، إذا كان ذلك

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٧٠)، المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢٠٠)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٣).
(٢) مغني المحتاج (٢/ ١١٤)، نهاية المحتاج (٤/ ٢١٢).
(٣) كشاف القناع (٣/ ٢٩٠).
(٤) تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٢٧٥، ٢٧٦).
(٥) أسنى المطالب (٢/ ١٣٧)، روضة الطالبين (٤/ ٢٧).
(٦) كشاف القناع (٣/ ٢٩٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢١٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٩).

يصدق في الوقت الماضي عندما كانت الصناعة يدوية، وليست متماثلة، فإنه لا يصدق في هذا الزمن، حين أصبحت الآلة هي التي تتحكم في صناعة الأواني، وأصبحت مثلية من كل وجه، حيث تصدر عن قالب واحد، لا تختلف طولًا، وعرضًا، ووزنًا، والله أعلم.



الفرع الخامس
السلم في اللحم

[م-٧٢٤] اختلف العلماء في السلم في اللحم:

فقيل: لا يجوز مطلقًا، وهذا مذهب أبي حنيفة[١].

❑ **وجه المنع:**

وجود الجهالة في المسلم فيه من وجهين:

الوجه الأول:

تفاوت اللحم بتفاوت الحيوان المأخوذ منه اللحم من ناحية الهزال والسمن، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة، وبقلة الكلأ وكثرته، والسلم لا يكون إلا مؤجلًا، فلا يدرى عند حلول الحول على أي صفة تكون؟ وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف.

الوجه الثاني:

أن اللحم يشتمل على ما هو المقصود منه، وعلى ما ليس بمقصود، وهو العظم، فيتفاوت، فيحصل المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك، فالمشتري يطالب بالنزع، والبائع يدسه فيه؟ وهذا نوع من الجهالة، والمنازعة، لا ترتفع ببيان الموضع[٢].

وقيل: يجوز السلم في منزوع العظم، وهو رواية عن أبي حنيفة[٣].

---

(١) المبسوط (١٢/ ١٣٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٣)، فتح القدير (٧/ ٨٤).

(٢) انظر المبسوط (١٢/ ١٣٧).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠).

وقيل: يصح السلم في اللحم، وهو مذهب الجمهور[١]، واختيار أبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[٢].

❑ وجه القول بجواز السلم في اللحم:

الوجه الأول:

حديث ابن عباس المتفق عليه (**فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم**) وسبق تخريجه.

وجه الاستدلال:

أن الحديث دل على جواز السلم في الوزن المعلوم، واللحم مما يضبط بالوزن.

الوجه الثاني:

إذا كان السلم في الحيوان جائزًا، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فالسلم في اللحم من باب أولى.

الوجه الثالث:

أن وجود العظم لا يمنع من السلم فيه؛ لأن وجوده راجع إلى أصل الخلقة، كما لا يمنع النوى من السلم في التمر.

وأجاز المالكية السلم في اللحم بوزن، وبغير وزن عن طريق التحري إن كان لذلك قدر قد عرفوه[٣].

---

(١) المدونة (٤/ ١٥)، المغني (٤/ ١٨٨)، الإنصاف (٥/ ٨٥).

(٢) المبسوط (١٢/ ١٣٧).

(٣) جاء في المدونة (٤/ ١٥): «قلت: فإن سلفت في لحم الحيوان، كيف يكون السلم في =

❑ وجه القول بالجواز:

أن اللحم يباع بعضه ببعض عن طريق التحري.

واختلف المالكية في صورة التحري الجائزة، فقيل: هي أن يقول له: آخذ منك كل يوم ما إذا تحرى كان وزنه كرطل، أو رطلين مثلًا، ونحو ذلك كما قاله ابن يونس.

وقال ابن زرب: معناه أن يعرض عليه قدرًا من اللحم، ويقول: آخذ منك كل يوم مثل هذا، ويشهد على المثال، وأما على التحري فلا يجوز؛ لأن إدراك الصواب بتحري موجود يشار إليه حسًا، أقرب من إدراكه مشارًا إليه في الذهن موصوفًا[(١)].

بينما نص الإمام الشافعي، والحنابلة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، على اشتراط الوزن، وهذا أضبط[(٢)].

لأن جواز بيع اللحم بالتحري هذا مشروط في المعين المشاهد، أما ما يثبت في الذمة فلا بد من معرفة وزنه.

= قول مالك؟ أبوزن أم بغير وزن؟ قال: قال مالك: إذا اشترط وزنًا معروفًا فلا بأس، وإن اشترط تحريا معروفًا بغير وزن فإن ذلك جائز. قال ابن القاسم: ألا ترى أن اللحم يباع بعضه ببعض بالتحري... فذلك جائز أن يسلف فيه بغير وزن، إذا كان ذلك قدرًا قد عرفوه». وانظر التاج والإكليل (٤/ ٥٣١).

(١) الخرشي (٥/ ٢١٢، ٢١٣).

(٢) جاء في الأم (٣/ ١١٠): «قال الشافعي ﷺ: من أسلف في لحم فلا يجوز فيه حتى يصفه يقول: لحم ماعز ذكر خصي، أو ذكر ثني فصاعدًا، أو جدي رضيع، أو فطيم وسمين، أو منق ومن موضع كذا، ويشترط الوزن...».
وانظر المغني (٤/ ١٨٨)، مختصر الإنصاف والشرح الكبير (ص٤٩٥)، المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٧)، البحر الرائق (٦/ ١٧٢).

وهل يذكر موضع اللحم من الحيوان أم لا؟

فقيل: ليس عليه ذلك، وهو اختيار ابن حبيب، وابن المواز من المالكية[(١)].

وقيل: يعتبر موضع اللحم، وهذا مذهب الحنابلة[(٢)].

وقيل: إن اختلفت الأغراض بمواضع من الشاة، من صدر، أو فخذ، أو جنب ذكره، وإلا فلا. وهو اختيار القاضي عبد الوهاب البغدادي من المالكية[(٣)].

وهذا أقرب، والله أعلم.



(١) المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٣).

(٢) المغني (٤/ ١٨٩)، الفروع (٤/ ١٧٥)، الإنصاف (٥/ ٨٥).

(٣) المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٣).

الفرع السادس
السلم في الأكارع والرؤوس

[م-٧٢٥] اختلف العلماء في السلم في الرؤوس، والأكارع:

فقيل: لا يجوز، وهو مذهب الحنفية[١]، والأظهر عند الشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وقيل: يجوز، وهو مذهب المالكية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥]، وأجازه الشافعية على قول، بشرط أن تكون الرؤوس منقاة من الشعر، والصوف، وأن يسلم فيها وزنًا[٦]، وهو اختيار أبي ثور[٧].

❏ وجه من قال بالمنع:

الوجه الأول:

عدم انضباط صفات الرؤوس، والأكارع، فلا يمكن ضبطها عن طريق العدد؛ لأنها متفاوتة، فيها الكبير، وفيها الصغير، ولا يمكن انضباط صفاتها بالوزن؛ لأنها غير موزونة.

---

(١) المبسوط (١٢/ ١٤١)، المبسوط للشيباني (٥/ ١٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٤).
(٢) الأم (٣/ ١١٢)، روضة الطالبين (٤/ ٢٢)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٤).
(٣) الروض المربع (٢/ ١٣٨)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٠).
(٤) المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٤)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٢).
(٥) تصحيح الفروع (٤/ ١٧٤).
(٦) روضة الطالبين (٤/ ٢٢).
(٧) اختلاف الفقهاء للطبري (ص١٣٨).

الوجه الثاني:

أن العظم في الرؤوس، والأكارع أكثر من اللحم، أو مساو له، فلا يمكن أن يجعل تبعًا للحم فبقي معتبرًا، ولا يدرى قدره، فيصير قدر المسلم فيه - وهو اللحم - مجهولًا، بخلاف العظم الذي في اللحم فقليل، فأمكن جعله تبعًا للحم لقلته.

❑ وجه من قال بالجواز:

أن الرؤوس، والأكارع معلومة، والسلم فيها من باب السلم في اللحم، ووجود العظم في هذه الأشياء لا يمنع من السلم فيها، والتفاوت الموجود بينها ممكن ضبطه عن طريق الوصف.

وهذا القول هو الراجح، والله أعلم.



الفرع السابع
السلم في الحيوان

[م-٧٢٦] اختلف العلماء في السلم في الحيوان:

فقيل: لا يجوز، وهو مذهب الحنفية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢]، واختيار ابن حزم[٣].

وقيل: يجوز، وهو مذهب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٦].

☐ دليل من قال بالجواز:

الدليل الأول:

الأصل إباحة السلم في الحيوان، ولو كان السلم فيه محرمًا لنهى عنه الشارع، وما لم يثبت نهي عنه فالأصل جوازه، كيف وقد ثبت الدليل الإيجابي على صحة جعل الحيوان دينًا في الذمة؟

---

(١) المبسوط (١٢/ ١٣١)، العناية شرح الهداية (٧/ ٧٦)، الجوهرة النيرة (١/ ٢١٧)، فتح القدير (٧/ ٧٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٢).

(٢) الإنصاف (٥/ ٨٥)، المغني (٤/ ١٨٦).

(٣) المحلى، مسألة: ١٦١٩ .

(٤) المدونة (٤/ ٢)، الخرشي (٥/ ٢١٥، ٢١٦)، مواهب الجليل (٤/ ٥٣٣)، وبهامشه التاج والإكليل (٤/ ٥٣٣)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٧، ٩٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٢، ٢٢٣)، منح الجليل (٥/ ٣٤٥، ٣٤٦)، المنتقى (٥/ ٢١).

(٥) الأم (٣/ ٣٧، ٨٢)، أسنى المطالب (٢/ ١٣١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣١٣)، السراج الوهاج (ص٢٠٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٠٣).

(٦) الإنصاف (٥/ ٨٥)، المغني (٤/ ١٨٦)، الفروع (٤/ ١٧٣).

الدليل الثاني:

(ح-٥٢٢) ما رواه مسلم من طريق زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرًا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا، فقال: **أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء**[١].

وجه الاستدلال:

إذا جاز بهذا الحديث قرض الحيوان، وجعله دينًا في الذمة، صح السلم فيه، وأنه يمكن ضبط صفته.

الدليل الثالث:

(ح-٥٢٣) ما رواه أحمد من طريق جرير - يعني ابن حازم - عن محمد - يعني ابن إسحاق- عن أبي سفيان، عن مسلم بن جبير، عن عمرو بن حريش، قال: سألت عبد الله بن عمرو بن العاص، فقلت: إنا بأرض ليس بها دينار، ولا درهم، وإنما نبايع بالإبل، والغنم إلى أجل، فما ترى في ذلك؟ قال: على الخبير سقطت، جهز رسول الله ﷺ جيشًا على إبل من إبل الصدقة، فنفدت، وبقي ناس، فقال: رسول الله ﷺ: **اشتر لنا إبلًا بقلائص من إبل الصدقة إذا جاءت، حتى نؤديها إليهم**، فاشتريت البعير بالاثنين، والثلاث من قلائص، حتى فرغت، فأدى ذلك رسول الله ﷺ من إبل الصدقة[٢].

وفي لفظ أبي داود: **فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة**[٣].

---

(١) صحيح مسلم (٣٠٠٢).

(٢) المسند (٢/ ١٧١).

(٣) سنن أبي داود (٢٩١٣).

[حسن](١).

وجه الاستدلال:

أن معاوضة البعير بالبعيرين تعتبر سلمًا، وليست قرضًا؛ لما فيه من الأجل والفضل.

الدليل الرابع:

(ح-٥٢٤) ما رواه البخاري من طريق منصور، عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، قال: قال النبي ﷺ: **لا تباشر المرأة المرأة، فتنعتها لزوجها، كأنه ينظر إليها**(٢).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ جعل وصف المرأة يقوم مقام رؤيتها، وهذا دليل على أن وصف الحيوان يقوم مقام الرؤية، وأن الحيوان يمكن ضبطه بالوصف.

الدليل الخامس:

وصف النبي ﷺ إبل الدية في قتل الخطأ، وجعلها أخماسًا: هي عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة وعشرون جذعة.. وهذا دليل على إمكانية ضبط الحيوان بالصفة(٣).

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ح ٥٩٢، ٥٩٣).

(٢) البخاري (٥٢٤٠).

(٣) حديث دية الخطأ رواه أحمد (١/ ٤٥٠) من طريق حجاج بن أرطأة، عن زيد بن جبير، عن خشف بن مالك، عن ابن مسعود مرفوعًا.

ومن طريق حجاج أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٣٤٦)، وأبو داود (٤٥٤٥)، والترمذي (١٣٨٦)، والنسائي في المجتبى (٤٧٢٠)، وابن ماجه (٢٦٣١)، والطحاوي في مشكل الآثار (٥٢٨٤، ٥٢٨٥، ٥٢٨٦)، والدارقطني في السنن (٣/ ١٧٣، ١٧٥)، والبيهقي في السنن (٨/ ٧٥). وهذا إسناد ضعيف لضعف حجاج. =

. . . .

= وضعفه الدارقطني والبيهقي بـ(خشف بن مالك).
ورجح الدارقطني في لفظه: أن النبي ﷺ جعل الدية أخماسًا ولم يفسرها، هكذا رواه أكثر الرواة عن حجاج، ويشبه أن يكون التفسير من حجاج برأيه بعد فراغه من حديث رسول الله ﷺ، فيتوهم السامع أن ذلك في حديث النبي ﷺ، وليس ذلك فيه.
انظر سنن الدراقطني (٣/ ١٧٦)، وانظر العلل له (٥/ ٤٨).
وقد روي موقوفًا عن عبد الله بن مسعود من طرق، وهو أصح.
قال البيهقي في السنن بعد أن نقل كلام الدارقطني مختصرًا (٨/ ٧٥، ٧٦): «وكيفما كان فالحجاج بن أرطأة غير محتج به، وخشف بن مالك مجهول، والصحيح أنه موقوف على عبد الله بن مسعود، والصحيح عن عبد الله أنه جعل أحد أخماسها بني المخاض في الأسانيد التي تقدم ذكرها، لا كما توهم شيخنا أبو الحسن الدارقطني رحمنا الله وإياه، وقد اعتذر من رغب عن قول عبد الله رضي الله في هذا بشيئين:
أحدهما: ضعف رواية خشف بن مالك، عن ابن مسعود. . .
وانقطاع من رواية من رواه عنه موقوفًا، فإنه إنما رواه إبراهيم النخعي، عن عبد الله، وأبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه، وأبو إسحاق عن علقمة، عن عبد الله، ورواية إبراهيم عن عبد الله منقطعة لا شك فيها، وراية أبي عبيدة عن أبيه؛ لأن أبا عبيدة لم يدرك أباه، وكذلك رواية أبي إسحاق السبيعي، عن علقمة منقطعة؛ لأن أبا إسحاق رأى علقمة، لكن لم يسمع منه شيئًا».
والراجح أن رواية أبي عبيدة عن أبيه بحكم المتصلة، وسبق الكلام على ذلك، وكذا رواية إبراهيم النخعي عن عبد الله، فإنه من رواية أكابر أصحابه عنه، وتتابع هؤلاء الثلاثة في الرواية عن عبد الله بن مسعود دليل على ثبوت هذا عنه، لكنه موقوف، والله أعلم.
والرواية الموقوفة قد أخرجها عبد الرزاق (١٧٢٣٨)، وابن أبي شيبة ( )، والطبراني في الكبير (٩٧٣٠)، والدارقطني (٣/ ١٧٣، ١٧٤) من طريق منصور، عن إبراهيم، عن ابن مسعود، أنه قال: دية الخطأ أخماسًا. . . ثم ذكر تفسيرها.
قال الدارقطني: فهذه الرواية وإن كان فيها إرسال، فإبراهيم النخعي هو أعلم الناس بعبد الله وبرأيه وبفتياه قد أخذ ذلك عن أخواله علقمة والأسود، وعبد الرحمن بن يزيد وغيرهم من كبراء أصحاب عبد الله، وهو القائل: إذا قلت لكم: قال عبد الله بن مسعود فهو عن جماعة من أصحابه، وإذا سمعته من رجل واحد سميته لكم». =

الدليل السادس:

وصف الله البقرة لبني إسرائيل حين أمر موسى أن يأمرهم بأن يذبحوا بقرة لمعرفة القاتل، ولو كان الحيوان لا ينضبط بالصفة، لما أمكن وصف البقرة.

❑ دليل من قال: لا يجوز السلم في الحيوان:

الدليل الأول:

(ح-٥٢٥) ما رواه البخاري من طريق ابن أبي نجيح، عن عبد الله ابن كثير، عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**. ورواه مسلم[1].

وجه الاستدلال:

أن الحديث نص على اشتراط الكيل، أو الوزن في الشيء المسلم فيه، والحيوان ليس مما يكال، ولا يوزن.

ويجاب عن الحديث:

لا يؤخذ من الحديث اشتراط كون المسلم فيه مكيلًا، أو موزونًا، وإنما الحديث معناه: من أسلم في مكيل فليكن كيله معلومًا، ومن أسلم في موزون فليكن وزنه معلومًا، فالمراد ضبط صفة المسلم فيه قطعًا للنزاع، والحنفية لا يأخذون بظاهر الحديث، فهم يجيزون السلم في البيض، وهو غير مكيل، ولا

= وطريق أبي إسحاق، عن علقمة، عن عبد الله رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ٣٤٦) والبيهقي في السنن (٨/ ٧٤).

وطريق أبي عبيدة عن أبيه، رواها الدارقطني (٣/ ١٧٢)، والبيهقي في السنن (٨/ ٧٥).

(١) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).

موزون، ويجيزون السلم في المعدود إذا كان مما ينضبط وصفه، ولو لم يكن من المكيلات، والموزونات.

الدليل الثالث:

(ح-٥٢٦) ما رواه الدارقطني من طريق إسحاق بن إبراهيم بن جوني، أخبرنا عبد الملك الذماري، أخبرنا سفيان الثوري، حدثني معمر، عن يحيى ابن أبي كثير، عن عكرمة **عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ نهى عن السلف في الحيوان**(١).

[ضعيف جدًا](٢).

الدليل الرابع:

الحيوان يتفاوت آحاده، فالضأن من الغنم إذا كانت قيمته غير متساوية فآحاده غير متماثلة، ورب حيوان زادت قيمته كثيرًا إما لسرعته، أو للونه، أو لكونه معلمًا، أو لجماله، أو لسمنه، أو لغير ذلك، فالحيوان عددي متفاوت، لا مقدار له، ولا ينضبط بالصفة، ويتفاوت بالسمن، والهزال، والسن، والنوع، وشدة العدو، والهملجة، وهو سير سهل للبراذين، وقد يجد فرسين مستويين في السن، والصفة، ثم يشترى أحدهما بأضعاف ما يشترى به الآخر للتفاوت بينهما في المعاني الباطنة، وهذا أيضا في بني آدم لا يخفى، فإن العبدين، والأمتين يتساويان سنًا، وصفة، ويختلفان في العقل، والأخلاق، والمروءة.

---

(١) سنن الدارقطني (٣/ ٧١).

(٢) في إسناده إسحاق بن إبراهيم الطبري، يروي الموضوعات، كما أن في إسناده عبد الملك الذماري، قال فيه أبو زرعة: منكر الحديث، وقد سبق تخريجه، والحكم عليه، فأغنى عن إعادته هنا.

ويمكن أن يدفع هذا:

بأن الحيوان لابد من ذكر كل صفة تزيد في قيمته، وليس المطلوب فقط هي الصورة الظاهرة، فالتعليم، والسمن، والسن، والجنس والنوع والذكورة والأنوثة، وذكر البلد إذا كان ذلك مما يزيد في قيمته، وبهذا تكون الصفة مضبوطة قدر الإمكان، كما قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [الأنعام ١٥٢].

فأشار إلى أن التكليف قدر الاستطاعة

❑ الراجح:

أرى أن القول الراجح هو قول الجمهور، وأن الحيوان كما جاز استقراضه فإنه يجوز السلم فيه، ويجب ضبط كل صفة يمكن أن تؤثر في الثمن والله أعلم.



الفرع الثامن
السلم في العقار (الدور والمباني)

[م-٧٢٧] لا يجوز السلم في العقار عند الأئمة الأربعة؛ لعدم ثبوت العقار في الذمة؛ لجهالة المعقود عليه(١).

لأن العقار لا بد أن يبين موضعه لتفاوت قيمته باختلاف موضعه، وتبيين موضعه يعني تعيينه، وإذا تعين خرج من كونه في الذمة، كما أنه إذا عين المسلم فيه أمكن بيعه في الحال، ولا حاجة إلى بيعه عن طريق السلم.

قال في الشرح الكبير: «وعين دار، وحانوت، وحمام، وخان، ونحوها إذ لا يصح أن يكون العقار في الذمة»(٢).

قال في حاشية الدسوقي معلقًا: «لأنه لا بد في إجارته إذا لم يعين بالإشارة إليه، أو بأل العهدية من ذكر موضعه، وحدوده، ونحو ذلك مما تختلف به الأجرة، وهذا يقتضي تعيينه»(٣).

قال في الذخيرة: «يمتنع السلم في الدور، والأرضين؛ لأن خصوص المواضع فيها مقصود للعقلاء، فإن عين لم يكن سلمًا؛ لأن السلم لا يكون إلا في الذمة، وإن لم يعين كان سلمًا في مجهول»(٤).

وعلل الحنفية بأن عقد الإجارة لا بد له من محل، والمنافع معدومة وقت

---

(١) تحفة الفقهاء (٢/ ١٤)، البحر الرائق (٧/ ٢٩٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٢٦)، مرشد الحيران مادة (٥٨٠).
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٢٢).
(٣) الشرح الكبير (٤/ ٢٢)، وانظر حاشية الدسوقي (٤/ ٢٢)، وانظر منح الجليل (٧/ ٥٠٠).
(٤) الذخيرة (٥/ ٢٤٢).

العقد، وليست مالًا في نفسها عندهم، وإنما ينعقد بإقامة العين مقام المنفعة، فإذا كانت العين غير موجودة لم يصح العقد، ولهذا منع الحنفية أن يكون العقد على المنافع، فلا يقول: أجرتك منافع هذه الدار، وإنما يصح بإضافته إلى العين، فيقول: أجرتك هذه الدار.

ولأن المباني ليست مثلية، وإذا كانت كذلك لم تثبت في الذمة، فلا يجوز إلا أن تكون معينة، ولهذا منع الحنفية إجارة الحيوان إلا معينًا[1].



(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٥).

الفرع التاسع
السلم في الدنانير والدراهم

[م-٧٢٨] اختلف العلماء في السلم في الدنانير، والدراهم على قولين:

القول الأول:

لا يجوز، وهو مذهب الحنفية[١]، ووجه مرجوح في مذهب الشافعية[٢]، وقول في مذهب الحنابلة[٣].

□ وجه المنع عند الحنفية:

الوجه الأول:

أن من شروط المسلم فيه أن يكون مما يتعين بالتعيين، والدراهم، والدنانير لا تتعين بالتعيين.

ويناقش:

بأنه لا يوجد دليل على هذا الشرط من كتاب، أو سنة، أو إجماع، أو قول صاحب. والأصل الجواز حتى يقوم دليل على المنع.

الوجه الثاني:

النقود لا تقع في عقد المعاوضة إلا على جهة الثمنية، فلا يصح أن تكون مثمنًا، وإذا صححنا أن تكون الدراهم، والدنانير مسلمًا فيها، فقد أصبحت مثمنًا.

---

(١) تحفة الفقهاء (٢/ ١١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٨)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٠)، العناية شرح الهداية (٧/ ٧٦).
(٢) الوسيط (٣/ ٤٣٧).
(٣) الفروع (٤/ ١٨٤)، الإنصاف (٥/ ٨٩).

ويناقش:

بأن النقود كما تقع ثمنًا تقع مثمنًا، ففي بيع الأثمان بعضها ببعض كما لو باع دراهم بدنانير، لا بد أن يقع أحدهما مثمنًا.

القول الثاني:

يجوز بشرط أن يكون رأس المال من غيرها، وهو مذهب المالكية(١)، والشافعية(٢)، والمشهور من مذهب الحنابلة(٣).

❑ وجه من قال بالجواز:

الوجه الأول: أن كل ما جاز أن يكون في الذمة ثمنًا جاز أن يكون مثمنًا.

الوجه الثاني:

أن ما جاز اقتراضه جاز السلم فيه، والنقود تثبت في الذمة صداقًا، فتثبت سلمًا كالعروض(٤).

الوجه الثالث:

أنه لا يوجد مانع شرعي يمنع من صحة السلم في النقود، فلا يوجد ربا بينهما لا من حيث التفاضل، ولا من حيث النساء، والأصل صحة السلم.

وهذا القول هو الراجح، والله أعلم.

---

(١) المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٤)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٧٧)، الذخيرة (٥/ ٢٥١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٠٠).

(٢) الوسيط (٣/ ٤٣٧)، روضة الطالبين (٤/ ٢٧)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٧).

(٣) المغني (٤/ ١٩٩)، كشاف القناع (٣/ ٢٩١)، الفروع (٤/ ١٨٤)، الإنصاف (٥/ ٨٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢١١).

(٤) انظر المغني (٤/ ١٩٩).

الفرع العاشر
السلم فيما دخلته النار

[م-٧٢٩] اختلف العلماء في السلم فيما دخلته النار، كالخبز، والشواء على قولين:

القول الأول:

لا يصح السلم فيه لا وزنًا، ولا عددًا، وهذا مذهب الحنفية[١]، وعليه أكثر الشافعية[٢].

القول الثاني:

يجوز، وهو قول في مذهب الحنفية، اختاره أبو يوسف[٣]، والمذهب عند المالكية[٤]، ووجه في مذهب الشافعية[٥]، والمذهب عند الحنابلة[٦].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٦، ١٧)، المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣١)، تبيين الحقائق (٤/ ٩٥).

(٢) كفاية الأخيار (١/ ٢٤٩)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٤)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٨)، روضة الطالبين (٧/ ٤٠٣)، إعانة الطالبين (٣/ ٥١).

(٣) اختار أبو يوسف جواز السلم في الخبز وزنًا.
انظر تحفة الفقهاء (٢/ ١٦، ١٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، تبيين الحقائق (٤/ ٩٥).

(٤) أجاز المالكية السلم في الخبز ولو عن طريق التحري.
انظر المنتقى للباجي (٦/ ٥٩)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٣٨)، الذخيرة (٥/ ٢٢٩)، منح الجليل (٥/ ٣٦٢).

(٥) كفاية الأخيار (١/ ٢٤٩)، مغني المحتاج (٢/ ١١٠)، السراج الوهاج (ص٢٠٨)، روضة الطالبين (٤/ ٣٣)، الوسيط (٣/ ٤٤١).

(٦) المغني (٤/ ١٧٧)، الفروع (٤/ ١٧٥)، المبدع (٤/ ١٨١)، الإنصاف (٥/ ٩١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٠٨).

❑ وجه من قال بالمنع:

أن عمل النار لا يمكن ضبطه؛ إذ النار تختلف قوة وضعفًا، فالخبز مثلًا يختلف بالثخانة، والرقة، والنضج، وعادة الناس فيه مختلفة، فلا يمكن ضبط صفاته.

❑ وجه من قال بالجواز:

أن عمل النار يمكن ضبط صفاته، فالخبز مثلًا يمكن ضبطه بالوزن وبالعدد، وعمل النار فيه معلوم بالعادة.

❑ والراجح:

القول بالجواز؛ لقوة أدلته، والله أعلم.



الشرط الثالث
أن يكون مؤجلًا

ما جاز في المعاوضة مؤجلًا جاز حالًا، وليس العكس.

كل بيع صح مع التأجيل ينبغي أن يصح مع التعجيل.

[م-٧٣٠] اختلف الفقهاء في اشتراط الأجل في السلم على أقوال:

القول الأول:

يشترط لصحة السلم أن يكون مؤجلًا، فإن كان حالًا لم يصح، وهذا مذهب الجمهور(١).

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الحجة (٢/ ٦١٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢)، عمدة القاري (١٢/ ٦٣)، البحر الرائق (٦/ ١٧٤)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٩٥)، أصول السرخسي (٢/ ١٥٢).

وفي مذهب المالكية: المدونة (٤/ ٣٠)، وانظر الذخيرة للقرافي (٥/ ٢٥١)، وقال في الفروق (٣/ ٢٨٩): السلم الجائز ما اجتمع فيه أربعة عشر شرطًا، فذكرها، وقال: التاسع: أن يكون مؤجلًا، فيمتنع السلم الحال اهـ .

وانظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/ ٣٧٩ - ٣٨١)، شرح الزرقاني على موطأ مالك (٣/ ٤١٤)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٧).

هذا هو المشهور من مذهب مالك، أن السلم لا يجوز حالًا، وقد خرج بعضهم من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال.

جاء في الذخيرة (٥/ ٢٥٣): «روى ابن عبد الحكم: السلم إلى يوم، فقيل: هي رواية في السلم الحال، وقيل: بل المذهب لا يختلف في منعه، وإنما هذا خلاف في مقداره».

وفي المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٧): «روى ابن عبد الحكم وابن وهب، عن مالك: يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة. وزاد ابن عبد الحكم: أو يوم.

قال القاضي أبو محمد: واختلف أصحابنا في تخريج ذلك على المذهب: فمنهم من قال: إن ذلك رواية في جواز السلم الحال، وبه قال الشافعي. =

القول الثاني:

يجوز السلم مطلقًا، حالًا، ومؤجلًا، وسواء أكان المسلم فيه عنده، أم لم يكن عنده، وهذا مذهب الشافعية(١).

القول الثالث:

يجوز السلم الحال بشرط أن يكون المسلم فيه عنده، وهذا اختيار ابن تيمية(٢).

القول الرابع:

يجوز السلم الحال بلفظ البيع، ولا يجوز بلفظ السلم، اختاره القاضي أبو يعلى من الحنابلة(٣).

❑ دليل من قال: لا يجوز السلم حالًا:

الدليل الأول:

(ح-٥٢٧) ما رواه البخاري ومسلم من طريق سفيان، عن ابن أبي نجيح، عن عبد الله بن كثير، عن أبي المنهال، عن ابن عباس، قال: قدم النبي ﷺ

= ومنهم من قال: إن الأجل شرط في السلم قولًا واحدًا، وإنما تختلف الرواية عنه في مقدار الأجل..».

وفي مذهب الحنابلة انظر: المغني (٤/ ١٩٣)، الإنصاف (٥/ ٩٨)،

(١) الأم (٣/ ٩٥)، شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤١)، معرفة السنن والآثار (٤/ ٤٠٥)، روضة الطالبين (٤/ ٧)، كفاية الأخيار (٢/ ٢٤٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٥).

(٢) قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٩٣): «ويصح السلم حالًا إن كان المسلم فيه موجودًا في ملكه، وإلا فلا...».

وانظر الإنصاف (٥/ ٩٨)، تفسير آيات أشكلت (٢/ ٦٩٤).

(٣) الإنصاف (٥/ ٩٨)، تفسير آيات أشكلت (٢/ ٦٩٤).

المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: **من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**[١].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أوجب مراعاة الأجل في عقد السلم، كما أوجب مراعاة القدر فيه (في كيل معلوم ووزن معلوم)، فإذا كان القدر المعلوم شرطًا في عقد السلم، وجب أن يكون الأجل شرطًا فيه أيضًا.

ويجاب:

بأن ذكر الأجل في الحديث يحتمل أمرين: إما لأنه قيد أغلبي، إذ غالب ما يحتاج الناس في بيع الموصوف في الذمة (السلم) إلى العقد المؤجل، لأن العقد الحال غالبًا ما يتوجه الناس إلى شراء الشيء المعين، وليس الموصوف، فلما كان الغالب على السلم التأجيل ذكر الأجل في الحديث.

ويحتمل أن يكون ذكر الأجل في الحديث ليس من أجل اشتراط الأجل في العقد، وإنما معناه: إن كان هناك أجل، فليكن معلومًا، كما أن الكيل، والوزن ليسا بشرط، بل يجوز السلم في الثياب بالذراع، وإنما ذكر الكيل بمعنى: أنه إن أسلم في مكيل، فليكن كيله معلومًا، وإن كان في موزون، فليكن وزنه معلومًا، وإن كان مؤجلًا، فليكن أجله معلومًا، ولا يلزم من هذا اشتراط كون السلم مؤجلًا، بل يجوز حالًا[٢].

الدليل الثاني:

السلم عقد لم يشرع إلا رخصة؛ لكونه بيع ما ليس عند الإنسان.

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٨٦)، ومسلم (٣٠١٠).

(٢) انظر شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤١).

لما روي عن النبي ﷺ من النهي عن بيع ما ليس عند البائع، ورخص في السلم[١].

فالسلم بيع غائب، ليس عند البائع وقت العقد؛ رخص به ليدفع به حاجة كل من المتعاقدين، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة بأرخص من قيمتها؛ ليربح فيها، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية، وقد سماه بعض الفقهاء بيع المحاويج، فإذا جاز حالًا بطلت هذه الحكمة، وارتفعت هذه المصلحة، ولم يكن لاستثنائه من بيع ما ليس عندك فائدة[٢].

يجاب عن ذلك:

أما ما روي عن النبي ﷺ فلم يصح، وقد سبق الكلام عن ذلك.

وأما قولكم: بأن السلم لم يشرع إلا رخصة، إن كنتم تقصدون بذلك كما يقول بعضهم: إن السلم على خلاف القياس؛ لأنه بيع معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز، وإذا كان الحال كذلك اقتصر بالسلم على صفته، فلم يجز حالًا، فقد أجبت على ذلك في فصل مستقل، وبينت أن السلم جار على وفق القياس، وذلك أن السلم المؤجل دين من الديون، فكما أن الثمن قد يؤجل في الذمة، وهو أحد العوضين، فكذلك المثمن قد يؤجل في ذمة البائع، فأي فرق بين كون أحد العوضين يصح أن يكون مؤجلًا في الذمة، ولا يصح أن يكون العوض الآخر مؤجلًا في الذمة[٣].

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ح ٥١٤).

(٢) تفسير القرطبي (٣/ ٣٧٩).

(٣) انظر مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩)، زاد المعاد (٥/ ٨١١)، إعلام الموقعين (١/ ٣٥٠) و(٢/ ١٩).

وأما قولكم: إذا جاز حالًا بطلت الحكمة من مشروعية السلم، فيقال: على التسليم بقولكم، فإن الحكمة إذا بطلت من مشروعية السلم، فلم تبطل حكمة الشرع من مشروعية المعاوضة، فإن البائع انتفع بالثمن، والمشتري انتفع بالمبيع بعد استلامه، وهذا هو المقصود الأعظم للشرع من إباحة تبادل الأموال عن طريق المعاوضة، وما جاز في المعاوضة مؤجلًا جاز حالًا، وليس العكس، فإن هناك من المعاملات ما لا تصح إلا حالة مقبوضة في مجلس العقد.

الدليل الثالث:

الحلول في السلم يخرج العقد عن اسمه ومعناه:

أما إخراجه عن اسمه، فظاهر، فإن معنى السلم والسلف: أن يعجل أحد العوضين، ويتأخر الآخر، فإذا لم يكن هناك تأجيل، وكان حالًا خرج السلم عن اسمه.

وأما خروجه بالتعجيل عن معناه: فإن الشارع إنما أرخص فيه للحاجة الداعية إليه، كما بينت فيما سبق، ومع حضور ما يبيعه حالًا لا حاجة إلى السلم، فإن البائع والحالة هذه لا يبيع إلا معينًا، لا يبيع شيئًا في الذمة، وهذا لا يقال له سلم[١].

ويجاب عنه:

بأن هناك أكثر من فائدة في العدول من البيع المعين إلى السلم الحال من ذلك:

الفائدة الأولى:

في باب الضمان، فإن المشتري إذا اشترى سلعة معينة، ولم تكن بحاجة إلى

(١) المغني (٤/ ١٩٣، ١٩٤).

استيفاء من كيل، أو وزن، فهلكت قبل قبضها، فإنها تهلك على المشتري، وإذا اشترى شيئًا موصوفًا في ذمة البائع، فهلكت قبل قبضها كان ضمانها على البائع.

الفائدة الثانية:

أن الشافعية يمنعون بيع العين الغائبة، ولو كانت موصوفة ما دامت معينة، فإذا كانت السلعة المعينة غير حاضرة عند العقد لم يصح العقد عليها عندهم، لكنهم يجوزون السلم الحال مع غيبة المبيع؛ لأن المبيع في مثل هذا لا يكون متعلقًا بسلعة معينة، بل يكون موصوفًا، متعلقًا في ذمة البائع، مضمونًا عليه(١).

❑ دليل الشافعي على جواز السلم حالًا:

الدليل الأول:

قالوا: إذا جاز السلم مؤجلًا مع الغرر، فجواز الحال أولى؛ لأنه أبعد عن الغرر، أو نقول بلفظ آخر: كل بيع صح مع التأجيل، ينبغي أن يصح مع التعجيل؛ لأن التعجيل زيادة مطلوبة، تحقق الغرض من مقصود البيع، وهو انتفاع البائع بالثمن، وانتفاع المشتري بالمبيع.

وأجاب الجمهور:

لا نسلم عدم الغرر مع الحلول؛ لأنه إن كان عنده فهو قادر على بيعه حالًا، فعدوله إلى السلم قصد للغرر، وإن لم يكن عنده، فالأجل يعينه على تحصيله، والحلول يمنع ذلك، فبقي الغرر(٢).

---

(١) انظر مغني المحتاج (٢/ ١٠٥)، وانظر في هذه المنظومة بيع العين الغائبة الموصوفة في عقد البيع.

(٢) انظر الذخيرة للقرافي (٥/ ٢٥٢، ٢٥٣).

ويرد على هذا:

بأن يقال: قد أجبنا عن فائدة العدول إلى السلم في بيع الحال، فإن المشتري والبائع مستفيدان من هذه الصيغة، فالمشتري يريد أن يتعلق الضمان بعين موصوفة، ليكون ضمانها على البائع، والبائع إن كانت سلعته موجودة عنده، فقد لا تكون حاضرة في مجلس العقد، وإن كانت ليست عنده كان له من الوقت ما يذهب، ويحضرها، والحلول لا يعني وجوب التقابض في مجلس العقد، كما لو باعه عينًا معينة غائبة موصوفة، فإن البيع يعتبر حالًا، ويعطى من الوقت ما يمكنه من إحضار السلعة، وأخطر ما في ذلك أن يعجز البائع عن تحصيل المبيع، فإن عجز انفسخ العقد، كما أن العقد ينفسخ في السلم المؤجل إذا عجز البائع عن تحصيل المبيع، والضرر في السلم الحال أخف، لأن المشتري في السلم المؤجل قد ينتظر السنة والسنتين، ويعجز البائع عن تسليم المبيع، فيكون البائع مخيرًا بين فسخ العقد، أو الانتظار إلى حين تمكن البائع من تحصيل المبيع، ففي الحالة هذه يكون الضرر أبلغ على المشتري، ومع هذا الاحتمال لم يمنع ذلك من صحة البيع، فكذلك لا يمنع صحته في السلم الحال.

الدليل الثاني:

عقد السلم الحال عقد من عقود المعاوضات، وعقود المعاوضات ليس من شرط صحتها التأجيل كالبيع.

الدليل الثالث:

البيع نوعان: بيع عين، وبيع صفة، وبما أنه يصح بيع العين حالًا، فإنه يجب أن يصح بيع الصفة حالًا مثله، غاية ما في ذلك أن بيع الصفة لا يتعلق المبيع

بسلعة معينة، وإنما يكون تعلقها بذمة البائع، وهذا لا يوجب فرقًا مؤثرًا في صحة البيع.

❑ دليل ابن تيمية على اشتراط كون المسلم فيه مملوكًا:

الدليل الأول:

(ح-٥٢٨) ما رواه أحمد من طريق أبي بشر، عن يوسف بن ماهك، عن حكيم بن حزام، قال: قلت يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق؟ فقال: **لا تبع ما ليس عندك**[(١)].

وقد وجه ابن تيمية ﵀ هذا الحديث على تحريم السلم الحال إذا لم يكن عنده بالآتي:

الأول: الحديث ورد في النهي عن بيع شيء في الذمة، وليس النهي عن بيع شيء معين، يملكه زيد، أو عمرو؛ لأن حكيم بن حزام لم يكن يبيع شيئًا معينًا يملكه غيره، ولا كان الذي يأتيه يقول: أريد سلعة فلان، أو سيارة فلان، وإنما كان الذي يأتيه يقول: أريد طعام كذا وكذا، ثم يذهب، فيحصله من غيره.

الثاني: أن حكيم بن حزام ﵁ كان يبيعه حالًا، وليس مؤجلًا، فإنه قال: أبيعه، ثم أذهب فأبتاعه، فقال له: لا تبع ما ليس عندك، فلو كان السلم الحال لا يجوز مطلقًا، لقال له: لا تبع هذا، سواء أكان عنده، أم لا، فلما قال له: لا تبع ما ليس عندك، كان هذا دليلًا على جواز السلم الحال إذا كان عنده، وكان الحديث دليلًا على اشتراط وجود المسلم فيه مملوكًا له وقت العقد، فهو نهي عن السلم الحال، إذا لم يكن عند المستسلف ما باعه، فيلزم ذمته بشيء حال، ويربح فيه، وليس هو قادرًا على إعطائه.

---

(١) سبق تخريجه انظر (ح٢٣١).

المناقشة:

كلام ابن تيمية رحمه الله تعالى يصح توجيهه لو كان حديث حكيم ابن حزام محفوظًا باللفظ الذي استشهد به ابن تيمية رحمه الله، وإذا كان المحفوظ في حديث حكيم - كما بينته عند تخريج الحديث - إنما هو بالنهى عن بيع الطعام حتى يستوفى لم يكن فيه دليل على اشتراط وجود المسلم فيه مملوكًا عند البائع، وإنما النهي عن بيع ما ليس عندك ثبت من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وليس فيه القصة التي ذكرها حكيم، وهو مطلق، ويمكن حمله على النهي عن بيع شيء معين لا يملكه، كما حمله الإمام الشافعي رحمه الله تعالى.

وأما قوله «فيربح فيه، وليس هو قادرًا على إعطائه».

فيقال: نحن نشترط ألا يسلم في شيء حال، إلا إذا كان يغلب على ظنه وجوده، وما غلب على الظن وجوده، كان قادرًا على تسليمه.

ولذلك أجاز بعض الفقهاء السلم في الخبز، واللحم يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة، إذا غلب على الظن وجوده عنده، وهذا يمكن إلحاقه بالسلم الحال؛ لأنه يمكن له أن يشرع في قبض الحصة الأولى مع العقد.

وأما قول الشيخ رحمه الله: «فيربح فيه، وليس هو قادرًا على إعطائه» أما الربح فيه فليس منهيًا عنه ما دام مضمونًا عليه؛ لأن المحذور أن يربح فيما لم يضمن، كما لو باعه شيئًا معينًا لم يدخل ملكه، فيربح فيه قبل أن يدخل في ضمانه، وأما السلم الحال، والمؤجل فهو بيع شيء موصوف في ذمته مضمون عليه، فلا حرج في الربح فيه.

وأما قول الشيخ: «وليس هو قادرًا على إعطائه».

إن كان المقصود ليس قادرًا على إعطائه في مجلس العقد فمسلم، وهذا لا يمنع صحة السلم؛ لأن حلول السلم لا يعني وجوب التقابض في مجلس العقد،

كما لو باعه عينًا معينة غائبة موصوفة، فإن البيع يعتبر حالًا، ويعطى من الوقت ما يمكنه من إحضار السلعة، وإن كان المقصود ليس قادرًا على إعطائه مطلقًا، فغير مسلم؛ لأننا نشترط في السلم الحال أن تكون السلعة موجودة في السوق، فلا يسلم حالًا في وقت الصيف، في فاكهة لا توجد إلا في الشتاء أو العكس.

الدليل الثاني لابن تيمية:

ذكر رحمه الله بأن السلعة إذا لم تكن عنده، فقد يحصل عليها، وقد لا يحصل عليها، وهذا نوع من الغرر، وإن حصله، فقد يحصله بثمن أعلى مما تسلفه، فيندم، وقد يحصله بسعر أرخص من ذلك، فيندم المسلف؛ لأنه كان يمكنه أن يشتريه هو بذلك الرخص، فصار هذا من نوع الميسر، والقمار، والمخاطرة، كبيع العبد الآبق، والبعير الشارد، ، يباع بدون ثمنه، فإن حصل ندم البائع، وإن لم يحصل ندم المشتري.

المناقشة:

قول ابن تيمية رحمه الله: السلعة إذا لم تكن عنده فقد يحصل عليها، وقد لا يحصل عليها، وهذا نوع من الغرر:

يقال: هذا الغرر موجود في السلم المؤجل من باب أولى، فإن البائع قد يحصل على المبيع، وقد لا يحصل عليه، والتأجيل: ليس مظنة الحصول عليه، ولأن الشأن في حال السلم المعجل قد يتصل البائع بالمورد، ويسأله عن وجود البضاعة، ويتأكد من وجودها قبل دخوله في الصفقة، بخلاف المؤجل فإنه غيب لا يعلمه إلا الله، وعلى كل حال نحن نشترط لصحة السلم الحال أن تكون البضاعة موجودة، وفرق بين اشتراط وجود البضاعة في السوق، وبين اشتراط وجودها في ملكه.

وأما قول الشيخ: بأنه قد يحصل عليها بثمن أقل، فيندم المشتري إذ كان يمكنه تحصيل السلعة من المصدر، وقد يحصل عليها بثمن أكثر من قيمتها، فيندم البائع، فيكون هذا كبيع العبد الآبق، والجمل الشارد.

فيقال: قد يكون كلام الشيخ رحمه الله مناسبًا للعصر الذي كان فيه، أما اليوم فقد يحرص المشتري أن يحصل على البضاعة من خلال التاجر، ولا يرغب في الحصول عليها من خلال الموزع، وذلك ليستعين بخبرة التاجر من خلال معرفته للسلع الجيدة من السلع المقلدة، فهو يعرف السلع جيدًا والفروق بينها، ومدى جودة كل سلعة، وملاءمتها للظروف، كما يرغب المشتري أن يكون الضامن للسلعة رجلًا معروفًا في السوق يستطيع أن يرجع إليه، إذا تبين وجود عيب، أو خلل، أو قامت حاجة إلى قطع غيار ونحوه، كما أن في الناس من لا يعرف قيمة الأشياء، فيستعين بمن يعرفها، فالتاجر يستطيع أن يشتري البضاعة بأقل سعر ممكن مما لو اشتراها الرجل العادي، فيطيب المشتري نفسًا أن يدفع ربحًا معلومًا فوق الثمن الذي دفعه البائع، ومع كل هذا فإن العرف التجاري اليوم، أن المنتج إذا باع بضاعته على الباعة أعطاهم إياها بسعر الجملة، وإذا باع على الأفراد كان لها سعر آخر، وهو سعر الاستهلاك، فلو رجع المستهلك إلى المصدر وجد تطابقًا بالسعر بين البائع، والمنتج، أو الموزع، وهذا عرف يحترمه التجار بينهم، لينتفع أهل السوق من جهة، ويكون سعر البضاعة موحدًا من جهة أخرى.

❑ دليل من قال: يصح بلفظ البيع، ولا يصح بلفظ السلم.

ربما استدل صاحب هذا القول بأن الألفاظ لها دور كبير في تكييف المعاملة من الإباحة إلى التحريم، فمن دفع درهمًا، وأخذ درهمًا بدلًا عنه: إن كان بلفظ البيع اشترط التقابض في مجلس العقد، وإن كان بلفظ القرض جاز التأجيل،

والذي فرق بينهما هو اللفظ، فالسلم اسمه ومعناه: أن يسلم الثمن، ويتأخر المثمن، فهو أخص من البيع، فإذا جرت المعاوضة بدفع الثمن، وكان المثمن حالًا، لم يصدق عليه أنه من باب السلَم، وصدق عليه أنه بيع، فنشترط أن يكون بلفظ البيع، ولا يكون بلفظ السلم.

ويجاب عن ذلك:

بأن هناك فرقًا بين عقد القرض، وعقد المعاوضة، فعقد القرض من عقود الإرفاق، والإحسان، لم يقصد به الربح، بخلاف عقود المعاوضات، والسلم والبيع من عقود المعاوضات، فما يشترط في البيع يشترط في السلم، وذلك من العلم في المبيع، والعلم بالثمن، وانتفاء الجهالة والغرر... الخ شروط البيع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن العبرة في ألفاظ العقود بمعانيها، لا بألفاظها، وقد قدمت فصلًا مستقلًا بأنه: إذا تعارض اللفظ والمعنى، قدم المعنى على الصحيح من أقوال أهل العلم، وقد انتقد ابن تيمية من فرق بين السلم الحال بلفظ البيع، وبين السلم الحال بلفظ السلم، فقال: «مستند هذا الفرق ليس مأخذًا شرعيًا، فإن أحمد لا يرى اختلاف أحكام العقود باختلاف العبارات، كما يراه طائفة من أصحابه... يُجَوزون بيع ما في الذمة بيعًا حالًا بلفظ البيع، ويمنعونه بلفظ السلم؛ لأنه يصير سلمًا حالًا، ونصوص أحمد، وأصوله تأبى هذا كما قدمناه عنه بصيغ العقود، فإن الاعتبار في جميع التصرفات القولية بالمعاني، لا بما يحمل على الألفاظ، كما تشهد به أجوبته في الأيمان والنذور، والوصايا، وغير ذلك من التصرفات، وإن كان هو قد فرق بينهما، كما فرق طائفة من أصحابه، فيكون هذا التفريق رواية عنه مرجوحة...»[1].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٢١).

❑ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأقوال أجد أن أقوى الأقوال في المسألة هو مذهب الشافعية، وهو جواز السلم الحال مطلقًا، سواء كان عند البائع، أو ليس عنده، بشرط أن يغلب على الظن وجوده في السوق، وإذا كان السلم المؤجل لا يدخل في قوله: لا تبع ما ليس عندك، لم يدخل السلم الحال من باب أولى، والله أعلم.



الفرع الأول
أدنى مدة الأجل في السلم وأكثره

[م-٧٣١] أما أكثر الأجل فلا حد له، كبيوع الأعيان إلا ما لا يجوز البيع إليه للغرر. قال ابن جزي: ولا حد لأكثره إلا إن كان ما ينتهي إلى الغرر لطوله(١).

[م-٧٣٢] وأما أدنى الأجل الذي لا يصح السلم بأقل منه فاختلف العلماء فيه إلى أقوال، أهمهما:

القول الأول:

قيل أدنى أجل السلم شهر، وهو الأصح في مذهب الحنفية، واختاره محمد ابن الحسن(٢)، والمشهور من مذهب الحنابلة(٣).

❑ وجه ذلك:

علل الحنفية ذلك بأن الأجل إنما شرط في السلم ترفيهًا وتيسيرًا على المسلم إليه؛ ليتمكن من الاكتساب في المدة، والشهر مدة معتبرة يتمكن فيها من الاكتساب، فيتحقق معنى الترفيه، فأما ما دونه ففي حد القلة، فكان له حكم الحلول.

وعلل الحنابلة ذلك: بأن الأجل ينبغي أن يكون له وقع في الثمن، كالشهر، وما قاربه، وما دون الشهر ليس له وقع في الثمن.

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي (ص١٧٨)، وانظر الشرح الكبير (٣/ ٢٠٥)، مواهب الجليل (٤/ ٥٢٨).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، المبسوط (١٢/ ١٢٧)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٥)، العناية شرح الهداية (٧/ ٨٧، ٨٨).

(٣) الإنصاف (٥/ ٩٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١٣)، المبدع (٤/ ١٨٩)، المحرر (١/ ٣٣٣).

القول الثاني:

ذهب بعض مشايخ الحنفية بأن أدنى الأجل ثلاثة أيام قياسًا على خيار الشرط[١].

وردَّ: بأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر، والثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة فلا يستقيم القياس.

القول الثالث:

قيل تقدير الأجل إلى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز، بناء على أن الأجل في حديث ابن عباس مطلق، اختاره بعض الحنفية[٢].

القول الرابع:

قدر المالكية أقل الأجل بخمسة عشر يومًا، فأكثر؛ لأنها مظنة اختلاف الأسواق غالبًا، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه، وهذا هو المعتمد في المذهب[٣].

القول الخامس:

روى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومان، والثلاثة، وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به إلى اليوم الواحد[٤].

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، المبسوط (١٢/ ١٢٧)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٥)، العناية شرح الهداية (٧/ ٨٧، ٨٨).

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٥٣)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٠٥)، التاج والإكليل (٤/ ٥٢٨)، الخرشي (٥/ ٢١٠).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ١٥٣)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٧).

القول السادس:

اختار ابن حزم أن الأجل ساعة، فما فوقها.

يقول ابن حزم: والأجل في السلم ما وقع عليه اسم أجل كما أمر رسول الله ﷺ ولم يحد أجلًا من أجل، ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤]، فالأجل ساعة فما فوقها[١].

☐ الراجح:

هذا الخلاف في أدنى الأجل دليل على أن اشتراط الأجل في السلم ضعيف، إذ لو كان الأجل شرطًا في السلم لبينت السنة مقدار الأجل الذي يصح فيه السلم، فلما لم تبين مقدار الأجل علم أن الصحيح جواز السلم الحال، والله أعلم.



(١) المحلى، مسألة: ١٦١٤ .

الفرع الثاني
أن يكون الأجل معلومًا

إذا اشترط الأجل في السلم فيجب أن يكون معلومًا[(١)].

(ح-٥٢٩) لما رواه البخاري من طريق ابن أبي نجيح، عن عبد الله ابن كثير، عن أبي المنهال عن ابن عباس ﷺ قال قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين، والثلاث، فقال: **من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**. ورواه مسلم[(٢)].

ولأن جهالة الأجل تفضي إلى المنازعة.



---

(١) المبسوط (١٢/ ١٢٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٣١)، التاج والإكليل (٤/ ٥٢٨)، الذخيرة (٥/ ٢٥٣)، المغني (٤/ ١٩٤)، الفروع (٤/ ١٨١)، الإنصاف (٥/ ٩٧).

(٢) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).

الفرع الثالث
السلم إلى الحصاد والجذاذ

[م-٧٣٣] اختلف الفقهاء في تأجيل المسلم فيه إلى الحصاد والجذاذ على قولين:

القول الأول:

لا يجوز، وهو مذهب الجمهور[١].

واستدل هذا القول:

الدليل الأول:

(ث-٩٣) ما رواه عبد الرزاق، قال: أخبرنا الثوري، عن عبد الكريم الجزري، عن عكرمة،

عن ابن عباس أنه كره إلى الأندر، والعصير، والعطاء، أن يسلف إليه، ولكن يسمي شهرًا[٢].

[صحيح][٣].

---

(١) المبسوط (١٣/ ٢٦، ٢٧)، عمدة القارئ (١٢/ ٦٩)، مختصر المزني (ص٩٠)، تحفة المحتاج (٥/ ١٠، ١١)، نهاية المحتاج (٤/ ١٩٠)، المهذب (١/ ٢٩٩)، فتح الباري (٤/ ٤٣٥)، المغني (٤/ ١٩٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٣)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٠).

(٢) المصنف (١٤٠٦٦).

(٣) رواه عبد الرزاق كما في إسناد الباب، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٥) من طريق الثوري.
ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٢٩٠) عن ابن عيينة، عن عبد الكريم به.
كما رواه ابن أبي شيبة أيضًا عن شريك، عن عبد الكريم، عن عطاء وعكرمة، عن ابن عباس. وشريك سيء الحفظ.

الدليل الثاني:

أن الأجل يجب أن يكون معلومًا، ووقت الحصاد ليس منضبطًا، فقد يتقدم وقد يتأخر، والجهالة في الأجل مفسدة، ولو كانت يسيرة.

القول الثاني:

يجوز، وهو مذهب المالكية[١]، ورواية عن أحمد[٢].

❑ **وجه القول بالجواز:**

أن وقت الحصاد معلوم، والتفاوت فيه يسير، والغرر اليسير معفو عنه.

❑ **الراجح من الخلاف:**

أرى أن القول بالجواز هو القول الراجح؛ لقوة دليله، والله أعلم.



(١) مواهب الجليل (٤/ ٥٢٨، ٥٢٩)، منح الجليل (٥/ ٣٥٨)، التاج والإكليل (٤/ ٥٢٨)، الذخيرة (٥/ ٢٥٤).

(٢) المغني (٤/ ١٩٤).

الشرط الرابع
أن يكون المسلم فيه
مقدورًا على تسليمه عند حلول أجله

[م-٧٣٤] اتفق الفقهاء على اشتراط كون المسلم فيه مقدورًا على تسليمه عند حلول أجله، وذلك لأن المسلم فيه واجب التسليم عند الأجل، فلا بد أن يكون تسليمه مقدورًا عليه حينذاك، وإلا كان من الغرر الممنوع.

قال الباجي: «أن يكون المسلم فيه موجودًا حين الأجل، فلا خلاف أن ذلك شرط في صحة السلم؛ لأن حلول الأجل يقتضي تسليم المسلم فيه، فإذا كان معدومًا حين الأجل لم يصح السلم فيه؛ لأن من شرط صحة السلم والبيع التمكن من التسليم»(١).

وقال ابن قدامة: «الشرط الخامس: وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا نعلم فيه خلافًا، وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودًا عند المحل بحكم الظاهر، فلم يمكن تسليمه، فلم يصح بيعه، كبيع الآبق بل أولى، فإن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة، فلا يحتمل فيه غرر آخر؛ لئلا يكثر الغرر فيه»(٢).

فإن كان معدومًا عند حلول الأجل، أو نادر الوجود بطل السلم؛ لأنه لا يمكن تسليمه، ويلحق بذلك ما لا يؤمن انقطاعه عند حلول أجله، كالسلم في ثمر بستان بعينه، أو قرية صغيرة، وإنما يجوز فيما يؤمن انقطاعه كثمار إقليم أو

---

(١) المنتقى للباجي (٤/ ٣٠٠).

(٢) المغني (٤/ ١٩٦).

قرية كبيرة، وألا يسلم في شيء نفيس عزيز الوجود، مثل درة موصوفة يعز مثلها؛ لأن ذلك قد يؤدي إلى عدم القدرة على التسليم[١].



(١) معالم القربة في معالم الحسبة (ص٧٤).

الفرع الأول
السلم في المعدوم وقت العقد

[م-٧٣٥] لم يختلف الفقهاء في أن المسلم فيه لو كان موجودًا وقت العقد، ومنقطعًا عن أيدي الناس عند حلول الأجل، أن هذا لا يجوز السلم فيه؛ لأن مقتضى العقد يلتزم فيه التسليم عند حلول الأجل، فإذا لم يكن مقدورًا على التسليم عند ذلك فلا يجوز العقد، وقد سبق بيانه في المبحث السابق(١).

وأما اشتراط كون المسلم فيه موجودًا عند العقد إلى وقت التسليم، فهذا محل خلاف بين العلماء على قولين:

القول الأول:

يجوز السلم في المعدوم وقت العقد، وفيما ينقطع من أيدي الناس قبل حلول الأجل. وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤). واختيار ابن حزم(٥).

❑ دليل الجمهور:

الدليل الأول:

(ح-٥٣٠) ما رواه البخاري من طريق ابن أبي نجيح، عن عبد الله بن كثير، عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في

---

(١) المبسوط (١٢/ ١٣٤).
(٢) المنتقى (٤/ ٣٠٠).
(٣) نهاية المحتاج (٤/ ١٩٢)، نهاية الزين (ص٢٢٨)، تحفة المحتاج (٥/ ١٢، ١٣).
(٤) المغني (٤/ ١٩٦).
(٥) المحلى، مسألة: ١٦٢٢ .

الثمار السنتين والثلاث فقال: **أسلفوا في الثمار في كيل معلوم، إلى أجل معلوم**[١].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ لم يشترط وجود المسلم فيه عند العقد، ولو كان شرطًا لذكره، ولنهاهم عن السنتين والثلاث؛ لأنه من المعلوم أن الثمر لا يبقى طول هذه المدة.

الدليل الثاني:

أن التسليم قبل حلول الأجل غير مستحق، فلا يلزم وجود السلم فيه؛ إذ لا فائدة من اشتراط وجوده.

القول الثاني:

ذهب الحنفية[٢]، والثوري[٣]، والأوزاعي[٤]، إلى أنه يشترط لصحة السلم وجود المسلم فيه من وقت العقد، إلى وقت الأجل.

فلا يجوز السلم في:

(١) ما كان منقطعًا وقت العقد، وموجودًا وقت حلول الأجل.

(٢) وما كان موجودًا عند العقد وعند حلول الأجل، ولكنه ينقطع فيما بينهما.

---

(١) البخاري (٢٠٩٤)، صحيح مسلم (٣٠١٠).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤١٣)، المبسوط (١٢/ ١٣٤).

(٣) المغني (٤/ ١٩٦).

(٤) المرجع السابق.

❑ دليل الحنفية ومن معهم:

الدليل الأول:

(ح-٥٣١) ما رواه أبو داود من طريق سفيان، عن أبي إسحاق، عن رجل نجراني عن ابن عمر أن رجلًا أسلف رجلًا في نخل، فلم تخرج تلك السنة شيئًا، فاختصما إلى النبي ﷺ، فقال: **بم تستحل ماله؟ اردد عليه ماله. ثم قال: لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه**[(١)].

[إسناده ضعيف][(٢)].

وأجيب عن الحديث بجوابين:

الأول: أن الحديث في إسناده رجل مجهول، ومثل هذا لا تقوم به حجة.

الثاني: أن هذا الحديث دليل على جواز السلم في النخل المعين من البستان المعين لكن بشرط أن يبدو صلاحه، وهو مذهب المالكية خلافًا لمذهب الجمهور[(٣)]، ويدل لمذهب المالكية:

(ح-٥٣٢) ما رواه البخاري من طريق أبي البختري، قال: **سألت ابن عمر عن السلم في النخل، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح**[(٤)].

---

(١) سنن أبي داود (٣٤٦٧).

(٢) رواه أبو داود كما في إسناد الباب من طريق سفيان، ومن طريق سفيان رواه ابن عدي في الكامل (٧/ ٣٠١)، والبيهقي في السنن (٦/ ٢٤).

ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ١٤) رقم: ٢٩١٠٧ وابن ماجه (٢٢٨٤) من طريق أبي الأحوص، عن أبي إسحاق، عن النجراني، عن ابن عمر به.

وفي إسناده رجل مجهول، ومثله لا يحتج به.

(٣) المدونة (٤/ ٥)، مواهب الجليل (٤/ ٥٠٢، ٥٠٣).

(٤) البخاري (٢٢٤٨).

فهذا سلم في شيء معين من بستان معين، وهو من بيع المعين، وسمي سلمًا؛ لأنه يقدم الثمن، والمثمن قد يبقى إلى الجذاذ، وشرط جواز هذا أن يبدو صلاحه، وأما إذا كان السلم في شيء غير معين، فلا يشترط ذلك[(١)].

(ح-٥٣٣) ويؤيده ما رواه ابن حبان وغيره من طريق محمد بن حمزة بن محمد بن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن أبيه، عن جده في قصة إسلام زيد بن سعنة، أنه قال لرسول الله ﷺ: هل لك أن تبيعني تمرًا معلومًا من حائط بني فلان، قال: **لا أبيعك من حائط مسمى، بل أبيعك أوسقًا مسماة، إلى أجل مسمى**[(٢)].

[ضعيف][(٣)].

الدليل الثاني:

أن كل وقت يجوز أن يكون محلًا للتسليم، وذلك لأن المسلم إليه قد يموت قبل حلول الأجل، فإذا مات حلت الديون التي في ذمته، ووجب عليه وفاؤها قبل قسمة التركة، فاقتضى أن يكون وجود المسلم فيه من حين العقد، إلى وقت التسليم، فلو لم يشترط ذلك ومات المسلم إليه قبل أن يحل الأجل، فربما يتعذر تسليم المسلم فيه، فيؤول ذلك إلى الغرر.

---

(١) انظر فتح الباري (٤/ ٤٣٣).

(٢) رواه ابن حبان (٢٨٨)، والطبراني (٥١٤٧)، والطحاوي في مشكل الآثار (٤٣٣٠)، والحاكم (٣/ ٦٠٤، ٦٠٥).

وهو في سنن ابن ماجه (٢٢٨١) من طريق الوليد بن مسلم، عن محمد بن حمزة به.

(٣) في إسناده حمزة بن محمد بن يوسف، ولم يوثقه غير ابن حبان، ولم يرو عنه غير ابنه محمد، فهو مجهول.

كما أن في إسناده محمد بن حمزة. قال عنه أبو حاتم الرازي: لا بأس به. الجرح والتعديل (٧/ ٢٣٦). وذكره ابن حبان في الثقات. وباقي رجاله ثقات.

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول:

القول بأن الدين يحل إذا مات المسلم إليه قول مختلف فيه:

فالحنابلة يرون أن الدين لا يحل بموت المدين، بل تبقى إلى آجالها.

قال ابن قدامة: «لا نسلم أن الدين يحل بالموت...»[١].

والمالكية يرون أن المسلم إليه إذا مات، وكان المسلم فيه غير موجود عند الوفاة فإن تركته توقف إلى أن يأتي إبان المسلم فيه، فيقضى، ثم تقسم التركة.

يقول القرافي: «إن وقع الموت وقفت التركة إلى الإبان، فإن الموت لا يفسد البيع»[٢].

الوجه الثاني:

لو سلمنا أن الدين يحل بموت المدين، فلا يلزم منه اشتراط دوام الوجود، إذ لو لزم ذلك لأفضى أن يكون للسلم آجال مجهولة، وهذا مبطل للعقد، فالمحل ما جعله المتعاقدان محلًا، وهاهنا لم يجعلاه[٣].

يقول القرافي: «لو اعتبر لكان الأجل في السلم مجهولًا؛ لاحتمال الموت، فيلزم بطلان كل سلم، وكذلك البيع بثمن إلى أجل، بل الأصل عدم تغير ما كان عند العقد، وبقاء الإنسان إلى حين التسليم»[٤].

(١) المغني (٤/ ١٩٦).
(٢) الفروق (٣/ ٢٩٧).
(٣) انظر المغني (٤/ ١٩٦).
(٤) الفروق (٣/ ٢٩٧).

الدليل الثالث:

إذا كان المسلم فيه معدومًا قبل الأجل وجب أن يكون معدومًا عنده عملًا بالاستصحاب، فيكون غررًا، فيمتنع إجماعًا.

وأجيب:

بأن هذا الاستصحاب معارض بالغالب، فإن الغالب وجود الأعيان في إبانها، ولولاه لما أقدم المسلم على دفع ماله، ولما قبل المسلم إليه إشغال ذمته في المسلم فيه.

الدليل الرابع:

أن ابتداء العقود آكد من انتهائها، وإذا كان معدومًا عند العقد فيمتنع، كما يمتنع بيع المعدوم.

ويناقش:

سبق وأن ناقشنا حكم بيع المعدوم، وبينا أنه لا يوجد دليل في النهي عن بيع المعدوم، فأغنى عن إعادته هنا.

❑ الراجح:

هو قول الجمهور، وأن السلم جائز فيما ليس موجودًا عند العقد، وفيما ينقطع من أيدي الناس إذا كان عام الوجود عند حلول الأجل، والله أعلم.



الفرع الثاني
جواز السلم لمن ليس عنده أصل المسلم فيه

[م-٧٣٦] لا يشترط فيمن يسلم في التمر أن يكون عنده نخل، ولا يشترط فيمن يسلم في الحبوب، أن يكون عنده زرع، وهكذا.

(ح-٥٣٤) لما رواه البخاري في صحيحه من طريق محمد بن أبي المجالد، **قال: بعثني عبد الله بن شداد، وأبو بردة إلى عبد الله بن أبي أوفى، ﷺ، فقالا: سله هل كان أصحاب النبي ﷺ في عهد النبي ﷺ يسلفون في الحنطة؟ قال عبد الله: كنا نسلف نبيط أهل الشام في الحنطة، والشعير، والزيت، في كيل معلوم، إلى أجل معلوم. قلت: إلى من كان أصله عنده؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك، ثم بعثاني إلى عبد الرحمن بن أبزى، فسألته فقال: كان أصحاب النبي ﷺ يسلفون على عهد النبي ﷺ، ولم نسألهم، ألهم حرث أم لا؟**

وفي رواية للبخاري، قال محمد بن أبي مجالد: **أرسلني أبو بردة، وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى، وعبد الله ابن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف، فقالا: كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة، والشعير، والزبيب إلى أجل مسمى، قال: قلت: أكان لهم زرع، أو لم يكن لهم زرع؟ قالا: ما كنا نسألهم عن ذلك.**

وحديث ابن عباس المتفق عليه: **(من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)**(١).

---

(١) صحيح البخاري (٢٠٨٦) ومسلم (٣٠١٠).

فلما وردت السنة في السلم بالصفة المعلومة، والكيل والوزن والأجل المعلوم، كان هذا عامًا فيمن عنده أصل، ومن ليس عنده، فلا يشترط فيمن يسلم في التمر أن يكون عنده نخل، ولا يشترط فيمن يسلم في الحبوب أن يكون عنده زرع، وهكذا، إلا أن الحنفية وإن لم يشترطوا أن يكون الأصل مملوكًا للمسلم إليه، فقد اشترطوا وجوده في السوق على سبيل العموم، فيما بين العقد والأجل، وقد سبق بيان ذلك في المبحث السابق، وبيان الراجح.



الشرط الخامس
في تعيين مكان الإيفاء

[م-٧٣٧] لما كان تسليم المسلم فيه مؤجلًا، وقد يعقد العاقدان عقد السلم في مكان ليس بلدهما الأصلي، فهل يشترط تعيين مكان الوفاء؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى أقوال:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجب على العاقدين تعيين مكان التسليم سواء أكان التسليم يحتاج إلى مئونة أم لا، ويكون موضع العقد هو موضع التسليم، فإن كان لا يصلح للتسليم كالبحر والصحراء فإن الوفاء يتعلق بأقرب الأماكن إلى موضع العقد.

وهذا اختيار أبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[(١)]، والمذهب عند المالكية[(٢)]، وقول في مذهب الشافعية[(٣)]، واختاره القاضي أبو يعلى من الحنابلة[(٤)]، إلا أن المالكية قالوا يفضل تعيين المكان، ولا يجب.

❑ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

حديث ابن عباس المتفق عليه، وفيه: **من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**[(٥)].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، المبسوط (١٢/ ١٢٧)،

(٢) المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٩)، الشرح الكبير (٣/ ٢٢٢)، التاج والإكليل (٤/ ٥٤٤).

(٣) المهذب (١/ ٣٠٠).

(٤) الإنصاف (٥/ ١٠٧).

(٥) البخاري (٢٢٤١)، ومسلم (١٦٠٤).

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ لم يذكر مكان إيفاء المسلم فيه، مع أن الحديث وارد لبيان شروط السلم، فدل على عدم اشتراطه، وإذا لم يجب في المسلم فيه لم يجب في غيره من البيوع المؤجلة.

الدليل الثاني:

إطلاق العقد يقتضي التسليم في الموضع الذي تم به العقد، فتعين مكان العقد موضعًا للوفاء، فإذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم، انتقل الحق إلى أقرب مكان من موضع العقد.

القول الثاني:

ذهب الشافعية في المعتمد أنه لا يجب تعيين مكان التسليم، ويكون التسليم في موضع العقد إلا في حالتين:

الحال الأولى: إذا كان التسليم لحمله مئونة، فيجب ذكر مكان الإيفاء، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة أيضًا[1].

الحال الثانية: إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم[2].

ووافق الحنابلة الشافعية فيما إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم، كالصحراء، والبحر، فيجب عندهم ذكر مكان الإيفاء[3].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، المبسوط (١٢/ ١٢٧)، مجمع الأنهر (٢/ ١٠١)

(٢) نهاية المحتاج (٤/ ١٨٩)، منهاج الطالبين (ص٥٣)، السراج الوهاج (ص٢٠٦)، المهذب (١/ ٣٠٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٤)، كفاية الأخيار (١/ ٢٥٢)، تحفة المحتاج (٥/ ٩).

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٦)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٦)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١٨).

جاء في الإنصاف: «ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء به»(١).

❑ دليل هذا القول:

❑ وجه اشتراط تعيين مكان الوفاء إذا كان التسليم له حمل مئونة:

يرى الشافعية أن موضع العقد هو محل التسليم، ولكن اشترطنا بيان مكان الوفاء إذا كان لحمله مئونة قطعًا للمنازعة؛ لأن ما لحمله مئونة تختلف قيمته باختلاف الأمكنة، فوجب اشتراط تعيين مكان الإيفاء، بخلاف ما لا حمل له ولا مئونة، فيتعين موضع العقد موضعًا للتسليم.

ويرى أبو حنيفة أن موضع العقد لا يتعين مكانًا للوفاء ولو كان صالحًا للتسليم، فإذا كان المبيع لحمله مئونة وجب تعيين مكان الوفاء، فإذا لم يتعين بقي مكان الوفاء مجهولًا فيؤدي ذلك إلى التنازع، فيفسد العقد.

❑ وجه اشتراط تعيين مكان الوفاء إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم:

إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم كالصحراء والجبل تعذر الوفاء في موضع العقد، فيكون محل التسليم مجهولًا، وليس بعض الأماكن أولى من بعض، فاشترط تعيينه بالقول.

القول الثالث:

اختار ابن حزم أن المتعاقدين إذا اشترطا دفعه في مكان بعينه فقد فسد العقد، بناء على مذهبه في الشروط، وأن كل شرط لم ينص الشرع على جواز اشتراطه،

---

(١) الإنصاف (٥/ ١٠٧).

فاشتراطه باطل مفسد للعقد، وقد أجبنا على مذهبه في باب الشروط الجعلية، فأغنى عن إعادته هنا[١].

❑ الراجح:

أرى أن تعيين مكان الوفاء ليس شرطًا يتوقف عليه صحة العقد؛ لأن مكان الإيفاء أمر خارج عن العقد، وإذا صح العقد تعين موضع العقد مكانًا للإيفاء، فإن كان غير صالح كان أقرب مكان لموضع العقد، على أن المبيع إذا كان لحمله مئونة ينبغي ذكر مكان الإيفاء قطعًا للنزاع، ولا يجب، والله أعلم.



(١) المحلى، مسألة: ١٦١٧ .

الباب الرابع
في الأحكام المترتبة على عقد السلم

الفصل الأول
في بيع المسلم فيه على غير من هو عليه قبل قبضه

[م-٧٣٨] يقسم الفقهاء الديون قسمين:

(أ) ديون مستقرة، وذلك مثل ثمن المبيع، وبدل القرض، وغرامة المتلف.

وديون غير مستقرة: مثل دين الكتابة، والمهر قبل الدخول، والأجرة قبل استيفاء المنفعة، ويلحقون بها أيضًا المسلم فيه.

فأما دين الكتابة، فلأنه معرض للسقوط بعجز الكاتب، ولا يملك السيد إجبار العبد على أدائه.

وأما المهر قبل الدخول؛ فلأنه قد ينفسخ النكاح بسبب من جهة المرأة، فلا تستحق شيئًا.

والأجرة قبل استيفاء المنفعة: غير مستقرة؛ لأن المنفعة قد تتلف، فتسقط الأجرة.

وأدخلوا في الديون غير المستقرة المسلم فيه؛ لأنه قد لا يستطيع تسليمه، فينفسخ العقد.

وإذا كان دين المسلم فيه من الديون غير المستقرة، فما حكم بيع المسلم فيه لغير من هو عليه قبل قبضه؟

[م-٧٣٩] هذه المسألة اختلف فيها العلماء:

فقيل: لا يجوز بيعه، وهذا القول هو مذهب الجمهور من الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

وقيل: يجوز بيعه بمثل ثمنه، أو أقل، أو أكثر، بشرط أن يكون بيعه بالعين، وليس بالدين، واشترط المالكية ألا يكون المسلم فيه طعامًا، وأن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يدًا بيد، كما لو أسلم دراهم في ثوب مثلًا، فأخذ عنه طست نحاس، إذ يجوز بيع الطست بالثوب يدًا بيد.

واحترز بذلك من أخذ اللحم عن الحيوان من جنسه، فإن ذلك لا يجوز؛ لامتناع بيعه يدًا بيد. وهذا مذهب المالكية(٤).

(١) البحر الرائق (٦/ ١٧٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٥).
(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٦٥)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٠٥، ٤٠٦)، نهاية المحتاج (٤/ ٩٠)، التنبيه (ص٩٩)، السراج الوهاج (ص١٩٢)، المهذب (١/ ٣٠١)، مغني المحتاج (٢/ ٧٠).
(٣) الإنصاف (٥/ ١٠٨)، الروض المربع (٢/ ١٤٨)، المبدع (٤/ ١٧٩)، عمدة الفقه (ص٥١)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٦)، المغني (٤/ ٢٠٠)، المبدع (٤/ ١٩٧).
(٤) جاء في المدونة (٤/ ٨٧): «قال مالك: لا بأس أن تبيع ما سلفت فيه، إذا كان من غير ما يؤكل ويشرب، من غير الذي عليه ذلك السلف، بأقل، أو بأكثر، أو بمثل ذلك إذا انتقدت، وأما الذي عليه السلف فلا تبعه منه قبل الأجل بأكثر، ولا تبعه منه إلا بمثل الثمن أو أقل، ويقبض ذلك».
وقال ابن عبد البر في الكافي (ص٣٤٢): «وأما بيع ما سلمت فيه من العروض كلها من غير بائعها فلا بأس بذلك قبل قبضه عند أجله أو قبل أجله بما شئت من الثمن . . . وهذا كله فيما عدا المأكول والمشروب، وأما المأكول والمشروب من الأدم والطعام كله فلا يباع شيء منه قبل أن يقبض ويستوفى، لا من بائعه، ولا من غيره. .».
وجاء في القوانين الفقهية (ص١٧٨): «يجوز بيعه من غير بائعه بالمثل، وأقل، وأكثر يدًا بيد ولا يجوز بالتأخير للغرر؛ لأنه انتقال من ذمة إلى ذمة، ولو كان البيع الأول نقدًا لجاز». =

□ دليل الجمهور على منع بيع دين السلم.

الدليل الأول:

(ح-٥٣٥) ما رواه أبو داود من طريق عطية بن سعد عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: **من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره**[(١)].

[ضعيف][(٢)].

الدليل الثاني:

ذكر ابن قدامة الإجماع على التحريم، قال رحمه الله: «أما بيع المسلم فيه قبل قبضه، فلا نعلم في تحريمه خلافًا»[(٣)].

ويناقش:

بأن الخلاف في المسألة محفوظ، والإجماع لم يثبت، وكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة عالم المدينة مالك بن أنس.

= وانظر تهذيب المدونة للبراذعي (٣/ ٧٠)، الخرشي (٥/ ٢٢٧)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٥)، وانظر التاج والإكليل (٤/ ٥٤٢).

(١) سنن أبي داود (٣٤٦٨).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود، كما في إسناد الباب، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٠)، ورواه ابن ماجه (٢٢٨٣) وفي إسناده: عطية بن سعد الكوفي، وهو ضعيف.

قال البيهقي: والاعتماد على حديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى. اهـ إشارة منه إلى عدم صحته.

وقال في خلاصة البدر المنير (٢/ ٧١): «رواه أبو داود وابن ماجه بإسناد ضعيف».

وقال الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ٢٥): «وفيه عطية بن سعد العوفي، وهو ضعيف، وأعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق، وابن القطان بالضعف، والاضطراب».

(٣) المغني (٤/ ٢٠١).

الدليل الثالث:

استدل الشافعية بأن دين السلم لم يقبض، وقد جاء النهي عن بيع ما لم يقبض، جاء في نهاية المحتاج: «ولا يصح بيع المثمن الذي في الذمة، نحو المسلم فيه، ولا الاعتياض عنه قبل قبضه، بغير نوعه، أو وصفه؛ لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض»[(١)].

ويناقش:

بأن بيع ما لم يقبض قد وقع الإجماع على منعه في الطعام الذي يحتاج إلى استيفاء من كيل، أو وزن، واختلفوا فيما عدا ذلك - وقد سبق بحث هذه المسألة في فصل سابق من هذا الكتاب - وقياس مسألتنا هذه على مسألة بيع الدين على غير من هو عليه قياس مع الفارق.

الدليل الرابع:

علل بعضهم المنع لكون المبيع لم يدخل في ضمان بائعه، فلم يجز بيعه قبل قبضه.

قال ابن قدامة: «ولا يجوز بيع السلم قبل قبضه... لأنه مبيع، لم يدخل في ضمانه، فلم يجز بيعه»[(٢)].

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول:

لا نسلم أن المسْلِم إذا باع المسْلَم فيه على غير من هو عليه، أنه قد باع شيئًا

---

(١) نهاية المحتاج (٤/ ٩٠).

(٢) الكافي (٢/ ١٢٠).

لم يدخل في ضمانه، ذلك أنه قد باع دينًا موصوفًا متعلقًا في ذمته، ولم يبع شيئًا معينًا. وإذا كان يصح من المسلم إليه أن تنشغل ذمته بالضمان في بيع الموصوف في الذمة، فما المانع أن يكون المسلم ضامنًا للدين اتجاه المشتري الجديد، كما أن المسلم إليه ضامن للدين اتجاه المسلم، وبهذا لا يوجد مانع من الربح فيه؛ لأن ذمته مشغولة بضمانه، ولهذا قال المالكية: إن باع المسلِّم دين السلم على غير من هو عليه جاز أن يبيعه بأقل، وبأكثر مما اشتراه؛ لأنهم يرون أن ذمته مشغولة بالضمان، فأذنوا له بالربح، وإذا باع دين السلم على من هو عليه، لا يتصور أن يكون ضامنًا له، فاشترطوا ألا يربح فيه. وهذا قوي جدًا(١).

الوجه الثاني:

على فرض أن يكون دين السلم ليس مضمونًا على المسلم، فإن الحديث إنما تضمن النهي عن ربح ما لم يضمن، وليس فيه النهي عن التصرف فيه، وبينهما فرق، فإذا اشترطنا أن يبيعه بمثل ثمنه، أو أقل، لا أكثر، لم يربح فيما لم يضمن، ولا تلازم بين التصرف، والضمان، بدليل أن المنافع المستأجرة يجوز

---

(١) جاء في المدونة (٤/ ٨٧): «قال مالك: لا بأس أن تبيع ما أسلفت فيه إذا كان من غير ما يؤكل ويشرب من غير الذي عليه ذلك السلف بأقل أو بأكثر أو بمثل ذلك إذا انتقدت، وأما الذي عليه السلف فلا تبعه منه قبل الأجل بأكثر، ولا تبعه منه إلا بمثل الثمن أو أقل، ويقبض ذلك».

وقال ابن عبد البر في الكافي (ص٣٤٢): «وأما بيع ما أسلمت فيه من العروض كلها من غير بائعها فلا بأس بذلك قبل قبضه عند أجله، أو قبل أجله بما شئت من الثمن . . . وهذا كله فيما عدا المأكول والمشروب».

وانظر تهذيب المدونة للبراذعي (٣/ ٧٠)، الخرشي (٥/ ٢٢٧)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٥)، وانظر التاج والإكليل (٤/ ٥٤٢).

أن يؤجرها المستأجر، وهي مضمونة على المؤجر الأول، والثمر المبيع على شجره، مبقىً إلى الجذاذ، يجوز بيعه، وهو مضمون على البائع الأول(١).

الدليل الخامس:

أن في بيع المسلم فيه قبل قبضه غررًا، وذلك أنه يحتمل حصول المبيع في المستقبل، وعدم حصوله، فهو مجهول العاقبة، وهذا حقيقة الغرر الممنوع في البيع.

ويجاب:

بأن بيع الشيء الموصوف في الذمة لا غرر فيه؛ لأنه لم يبع عليه شيئًا معينًا، ولو كان في ذلك غرر لم يصح بيع السلم كله مطلقًا.

الدليل التاسع:

بيع الدين على غير من هو عليه، يدخل في بيع ما ليس عند الإنسان، وقد نهي عنه.

ويجاب:

النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا يدخل فيه النهي عن بيع الدين؛ بل المقصود: لا تبع معينًا ليس في ملكك، والدين غير معين، ولو كان بيع الدين يدخل في بيع ما ليس عند الإنسان منع بيع السلم كله، والله أعلم.

□ دليل المالكية على جواز بيع المسلم فيه لغير من هو عليه إذا لم يكن طعامًا:

(ح-٥٣٦) ما رواه البخاري من طريق شعبة، حدثنا عبد الله بن دينار، قال:

---

(١) والدليل على أنه مضمون على البائع الأول ما رواه مسلم (١٥٥٤) من حديث جابر: لو بعت من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟

سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول: قال النبي ﷺ: **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه**. ورواه مسلم(١).

فإذا كان الدين طعامًا، وباعه صاحبه على من هو عليه، أو على غيره، أدى ذلك إلى بيع الطعام قبل قبضه، وهذا منهي عنه. ومفهوم الحديث أن غير الطعام يجوز بيعه، ولو لم يقبضه.

ويناقش:

بأن المقصود بالنهي عن بيع الطعام، ذلك الطعام الذي تعلق به حق توفية، وليس الطعام الموصوف في الذمة، والروايات يفسر بعضها بعضا، فبعض الروايات نهت عن بيع الطعام حتى يقبض، وفي بعضها حتى يستوفى، والاستيفاء: هو كيل ما بيع بكيل، ووزن ما بيع بوزن.

أما الطعام الموصوف في الذمة فلا مانع من بيعه مطلقًا، سواء كان بيعه على من هو عليه، أو على غيره؛ لأن صاحبه حين يبيعه يبيع دينًا في الذمة ليس معينًا، وذلك يعني أن البائع الثاني ذمته ستكون مشغولة بضمانه.

❑ الراجح من الخلاف:

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول بجواز بيع الدين على غير من هو عليه، طعامًا كان، أو غير طعام، هو الأقوى دليلًا، ولا مانع من الربح فيه إن باعه على غير من هو عليه.



(١) البخاري (٢١٣٣)، ومسلم (١٥٢٦).

الفصل الثاني
في بيع المسلم فيه على من هو عليه قبل قبضه

[م-٧٤٠] هذه المسألة خلاف المسألة الماضية، فالمسألة الماضية في بيع المسلم فيه لغير من هو عليه.

أما هذه المسألة فهي في بيع المسلم فيه على من هو عليه، كأن يسلم في قمح، فيأخذ من المسلم إليه حديدًا.

فقيل: لا يجوز مطلقًا، سواء كان المسلم فيه موجودًا أو معدومًا، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة[١].

□ دليل الجمهور على تحريم بيع المسلم فيه على من هو عليه قبل قبضه:

الدليل الأول:

(ح-٥٣٧) ما رواه أبو داود من طريق عطية بن سعد عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: **من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره**[٢].

[ضعيف][٣].

---

(١) تحفة الفقهاء (٢/ ١٧)، البحر الرائق (٦/ ١٧٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٥)، منهاج الطالبين (ص١١٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٦٥)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٠٥، ٤٠٦)، نهاية المحتاج (٤/ ٩٠)، التنبيه (ص٩٩)، السراج الوهاج (ص١٩٢)، المهذب (١/ ٣٠١)، مغني المحتاج (٢/ ٧٠)، الروض المربع (٢/ ١٨٩، ١٤٨)، الإنصاف (٥/ ١٠٨)، عمدة الفقه (ص٥١)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٦)، المغني (٤/ ٢٠٠).

(٢) سنن أبي داود (٣٤٦٨).

(٣) سبق تخريجه، انظر (ح ٥٣٥).

الدليل الثاني:

ذكر ابن قدامة الإجماع على التحريم، قال ﷺ: «أما بيع المسلم فيه قبل قبضه، فلا نعلم في تحريمه خلافًا»[١].

ويناقش:

بأن الخلاف في المسألة محفوظ، والإجماع لم يثبت.

قال ابن القيم: «كيف يصح دعوى الإجماع، مع مخالفة حبر الأمة ابن عباس، وعالم المدينة مالك بن أنس...»[٢].

الدليل الثالث:

استدل الشافعية بأن دين السلم لم يقبض، وقد جاء النهي عن بيع ما لم يقبض، جاء في نهاية المحتاج: «ولا يصح بيع المثمن الذي في الذمة نحو المسلم فيه، ولا الاعتياض عنه قبل قبضه، بغير نوعه، أو وصفه؛ لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض»[٣].

ويناقش:

بأن بيع ما لم يقبض قد وقع الإجماع على منعه في الطعام الذي يحتاج إلى استيفاء من كيل، أو وزن، واختلفوا فيما عدا ذلك- وقد سبق بحث هذه المسألة في فصل سابق من هذا الكتاب- وقياس مسألتنا هذه على مسألة بيع الدين على غير من هو عليه قياس مع الفارق، فهناك فارق بين بيع الدين وبين بيع العين، والله أعلم.

---

(١) المغني (٤/ ٢٠١).

(٢) تهذيب السنن (٩/ ٢٦٠).

(٣) نهاية المحتاج (٤/ ٩٠).

الدليل الرابع:

علل بعضهم المنع لكون المبيع لم يدخل في ضمان بائعه، فلم يجز بيعه قبل قبضه.

قال ابن قدامة: «ولا يجوز بيع السلم قبل قبضه... لأنه مبيع، لم يدخل في ضمانه، فلم يجز بيعه»[١].

ويناقش:

بأن الحديث إنما تضمن النهي عن ربح ما لم يضمن، وليس فيه النهي عن التصرف فيه، وبينهما فرق، فإذا اشترطنا أن يبيعه بمثل ثمنه، أو أقل، لا أكثر، لم يربح فيما لم يضمن، ولا تلازم بين التصرف، والضمان، بدليل أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر، وهي مضمونة على المؤجر الأول، والثمر المبيع على شجره مبقىً يجوز بيعه، وهو مضمون على البائع الأول[٢].

الدليل الخامس:

(ث-٩٤) روى البيهقي من طريق حصين، عن محمد بن زيد بن خليدة، قال: **سألت ابن عمر عن السلف، قلت: إنا نسلف، فنقول: إن أعطيتنا برًا فبكذا، وإن أعطيتنا تمرًا فبكذا، قال: أسلم في كل صنف ورقًا معلومة، فإن أعطاكه، وإلا فخذ رأس مالك، ولا ترده في سلعة أخرى.**

---

(١) الكافي (٢/ ١٢٠).

(٢) والدليل على أنه مضمون على البائع الأول ما رواه مسلم (١٥٥٤) من حديث جابر: لو بعت من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟

[حسن لغيره][1].

الدليل السادس:

(ث-٩٥) ما رواه ابن أبي شيبة، من طريق عطاء بن السائب عن عبد الله بن مغفل في رجل أسلم مائة درهم في طعام، فأخذ نصف سلمه طعامًا، وعسر عليه النصف، فقال: لا تأخذ إلا سلمك، أو رأس مالك جميعًا[2].

[مغفل تصحيف والصواب معقل، وهو تابعي فلا يكون في هذا حجة][3].

الدليل السابع:

(ث-٩٦) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن ميسرة[4]، عن

(١) في إسناده محمد بن زيد بن خليدة، ذكره ابن حبان في الثقات (٣/ ٨١)، وسكت عليه البخاري في التاريخ الكبير (١/ ٨٥)، وابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٧/ ٢٥٦).
وروى عبد الرزاق في المصنف (١٤١٠٦) قال: أخبرنا معمر، عن قتادة، عن ابن عمر، قال: إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك، أو الذي أسلفت فيه.
وهذا منقطع؛ لأن قتادة لم يسمع من ابن عمر. انظر المراسيل (ص١٧٥).
ورواه ابن أبي شيبة (٤/ ٣٤٢) رقم: ٢٠٨٥١من طريق حجاج، عن عطية العوفي، عن ابن عمر، قال: لا بأس بالسلم، ولا تصرفه إلى غيره، ولا تبعه. وفي إسناده عطية العوفي، والأكثر على ضعفه. فهذه الطرق الثلاثة ضعيفة، ولكن مجموعها يرقى إلى درجة الحسن لغيره.

(٢) المصنف (٤/ ٢٧٠) رقم: ٢٠٠٠٢ .

(٣) ولهذا جمعه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٠٠١٣) مع إبراهيم النخعي، والشعبي، والحسن، وعمرو ابن الحارث، وابن معقل أنهم كرهوا أن يأخذ الرجل بعض سلمه، وبعض رأس ماله.
انظر النسخة التي حققها الشيخ محمد عوامة (١٠/ ٤٩٤) رقم: ٢٠٣٦٩، ورقم: ٢٠٣٨٠ .

(٤) الصواب محمد بن ميسر، انظر نسخة مصنف ابن أبي شيبة بتحقيق الشيخ محمد عوامة (١٠/ ٤٩٣).

ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه شعيب أن عبد الله بن عمرو كان يسلف له في الطعام، فقال للذي كان يسلف له: لا تأخذ بعض مالنا، وبعض طعامنا، ولكن خذ رأس مالنا كله، أو الطعام وافيًا[١].

[ضعيف جدًا][٢].

الدليل الثامن:

أن في بيع المسلم فيه قبل قبضه غررًا، وذلك أنه يحتمل حصول المبيع في المستقبل، وعدم حصوله، فهو مجهول العاقبة، وهذا حقيقة الغرر الممنوع في البيع.

ويجاب:

بأن الغرر إذا كان يتعلق بالقدرة على التسليم، فإن المشتري هو من عليه الدين، فهو في حكم المقبوض؛ لأن ما في ذمة المدين مقبوض له، فإذا دفع ثمنه للدائن، كان ذلك بيع مقبوض بمقبوض، وهو جائز شرعًا.

الدليل التاسع:

بيع الدين على من هو عليه، يدخل في بيع ما ليس عند الإنسان، وقد نهي عنه.

ويجاب:

النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان لا يدخل فيه النهي عن بيع الدين على من

---

(١) المصنف (٤/ ٢٧٠) رقم: ١٩٩٩٨.

(٢) ضعيف جدًا، فيه محمد بن ميسر، قال النسائي: متروك الحديث. الضعفاء له (٤٥٠).
وقال فيه يحيى بن معين: كان مكفوفًا، وكان جهميًا، وليس هو بشيء، كان شيطانًا من الشياطين. الكامل لابن عدي (٦/ ٢٢٦).
وقال فيه البخاري: فيه اضطراب. التاريخ الكبير (١/ ٢٤٥).

هو عليه؛ بل المقصود لا تبع معينًا ليس في ملكك، وإذا جاز بيع المغصوب على غاصبه، جاز بيع الدين على من هو عليه من باب أولى، والله أعلم.

القول الثاني:

قيل: يجوز بيع المسلم فيه على من هو عليه بشروط، وهذا مذهب المالكية[١]، ورواية عن أحمد[٢]، اختارها ابن تيمية[٣]، وابن القيم[٤]، وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما[٥].

الشرط الأول:

اشترط المالكية أن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه، احترازًا من طعام السلم، فلا يجوز بيعه؛ لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه، وقد سبق الجواب عن دليلهم ومناقشته في المسألة التي قبل هذه.

الشرط الثاني:

اشترط المالكية أن يعجل البدل، ويقبض في مجلس الاستبدال؛ ليسلم من فسخ الدين بالدين.

واشترط ابن تيمية التقابض، إن كان العوضان مما يجري بينهما ربا النسيئة.

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٥٥)، القوانين الفقهية (ص١٧٨) الخرشي (٥/ ٢٢٧)، التاج والإكليل (٦/ ٥٢٣).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٥)، الإنصاف (٥/ ١٠٨).

(٣) المرجع السابق.

(٤) حاشية ابن القيم (٩/ ٢٥٨).

(٥) المحلى (٩/ ٥)، وسوف نخرجه عنه إن شاء الله تعالى عند ذكر الأدلة.

الشرط الثالث:

اشترط المالكية أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يدًا بيد، كما لو أسلم دراهم في ثوب مثلًا، فأخذ عنه طشت نحاس، إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يدًا بيد.

واحترز بذلك من أخذ اللحم عن الحيوان من جنسه، فإن ذلك لا يجوز؛ لامتناع بيعه يدًا بيد، وقد سبق مناقشة بيع اللحم بالحيوان في باب الربا، فأغنى عن إعادته هنا.

الشرط الرابع:

أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال، كما لو أسلم دراهم في حيوان، فأخذ عن ذلك الحيوان ثوبًا، فإن ذلك جائز؛ إذ يجوز أن يسلم الدراهم في الثوب، واحترز بذلك من أخذ الدراهم عن الذهب، وعكسه، إذ لا يجوز أن تسلم الدراهم في الدنانير، ولا عكسه؛ لأنه يؤدي إلى الصرف المستأخر. وسبق أن بينا أن هذا مجمع على منعه عند الكلام عن شروط المسلم فيه(١).

الشرط الخامس:

اشترط المالكية، وابن تيمية، وابن القيم: أن يبيعه بمثل ثمنه، أو أقل، لا أكثر؛ وعلل المالكية المنع: لأن بيع الدين على من هو عليه بزيادة يؤدي إلى سلف جر نفعًا، وهذا ممنوع.

وعلل ابن تيمية المنع حتى لا يربح فيما لم يضمن(٢).

---

(١) الشرح الكبير (٣/ ٢٢٠، ٢٢١).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٠)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٥)، الإنصاف (٥/ ١٠٨).

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فالأصل في البيع الحل إلا ما دل على تحريمه دليل من كتاب، أو سنة، أو إجماع، ولا دليل على التحريم، ولم يرد في منع الاعتياض عن الدين المسلم فيه نص صحيح، ولا يتضمن بيعه على من هو عليه بمثل ثمنه، أو أقل محذور شرعي يقتضي المنع منه.

الدليل الثاني:

(ث-٩٧) روى عبد الرزاق في المصنف، قال: أخبرنا ابن عيينة، عن عمرو تبن دينار، عن طاووس، عن ابن عباس، قال: **إذا أسلفت في طعام، فحَلَّ الأجل، فلم تجد طعامًا، فخذ منه عرضًا بأنقص، ولا تربح عليه مرتين**[1].

[صحيح].

قال ابن القيم: فهذا قول صحابي، وهو حجة ما لم يخالف[2].

الدليل الثالث:

ولأن المانع من بيع الدين، هو خوف العجز عن التسليم، ولا مانع هنا؛ لأن ما في ذمة المدين مقبوض له، فإذا دفع ثمنه للدائن، كان ذلك بيع مقبوض

---

(١) المصنف (١٤١٢٠). وسنده صحيح، وساقه ابن حزم في المحلى (٩/ ٥) معلقًا، قال: روينا من طريق سعيد بن منصور، نا سفيان - هو ابن عيينة به. ويظهر أن ابن حزم نقله من سنن سعيد بن منصور، فإن ابن قدامة ذكره في المغني (٤/ ٢٠١) وقال: رواه سعيد في سننه.
وقال ابن القيم في تهذيب السنن (٩/ ٢٥٦): «قال ابن المنذر: ثبت عن ابن عباس أنه قال: . . .» وذكر الأثر بنصه، ثم قال: رواه شعبة.

(٢) تهذيب السنن (٩/ ٢٥٦).

بمقبوض، وهو جائز شرعًا، خاصة أن القبض لم يرد له في الشرع حد معين، وإنما مرد ذلك إلى العادة والعرف.

الدليل الرابع:

أن دين السلم دين ثابت في الذمة، فجاز الاعتياض عنه كغيره، فإذا جاز على الصحيح بيع الدين على من هو عليه، إذا كان المبيع بدل قرض، أو ثمن مبيع، ونحوهما، جاز ذلك في دين السلم.

(ح-٥٣٨) فقد روى أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فأتيت رسول الله ﷺ، وهو يريد أن يدخل بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير؟ فقال رسول الله ﷺ: **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تتفرقا، وبينكما شيء**[(١)].

[اختلف في رفعه ووقفه، ورجح شعبة والدارقطني وقفه][(٢)].

فالحديث دليل على جواز بيع ما في الذمة على من هو عليه، وإذا جاز ذلك في ثمن المبيع جاز ذلك في دين السلم، حيث لا فرق.

وهو دليل أيضًا على أنه لا فرق بين كون الدين حالًا، أو كونه مؤجلًا؛ لأنه لما لم يسأله رسول الله ﷺ عن الدين، هل كان حالًا، أو مؤجلًا؟ ولو كان بينهما فرق في الشرع، لبينه عليه الصلاة والسلام، وفي ذلك رد على المالكية الذين اشترطوا أن يكون الدين حالًا.

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (١٨٦٨)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣١٥).

(٢) سبق تخريجه، انظر (ح١١٢).

وهو دليل أيضًا على اشتراط أن يكون البيع بسعر يومه، بحيث لا يربح فيه؛ لئلا يربح فيما لم يضمن؛ لأنه ﷺ قال: **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها**.

(ح-٥٣٩) ولما رواه أبو داود الطيالسي من طريق حماد بن زيد، عن أيوب، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، **عن عبد الله بن عمرو، قال: نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن**[١].

[إسناده حسن][٢].

وهو دليل أيضًا على اشتراط التقابض، إذا كان العوضان مما يجري فيهما ربا النسيئة؛ لأنه قال: ما لم تتفرقا وبينكما شيء.

وعلى القول بأن الأثر موقوف، فإن ابن عمر صحابي جليل، من كبار فقهاء الصحابة، فيكون قوله حجة، ما دام لم يخالف الكتاب، ولا السنة، ولا قول صحابي أقوى منه، والله أعلم.

❑ **الراجح:**

أن استبدال المسلم فيه بيع للمسلم فيه قبل قبضه، وقد تكلمنا عنه في المسألة السابقة، وما رجحناه هناك نرجحه هنا، والله أعلم.



(١) مسند أبي داود الطيالسي (٢٢٥٧).

(٢) سبق تخريجه، انظر (ح٢٣٢).

الفصل الثالث
في حكم الشركة والتولية في بيع المسلم فيه قبل قبضه

[م-٧٤١] اختلف العلماء في حكم الشركة والتولية في بيع المسلم فيه قبل قبضه.

فقيل: لا يجوز، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

وقيل: يجوز بيع المسلم فيه شركة وتولية قبل قبضه، وهذا مذهب المالكية.

والخلاف في ذلك راجع إلى الخلاف في تكييف الشركة والتولية.

فذهب جمهور أهل العلم إلى أن عقد التولية والشركة بيع مبتدأ، لا يجوز في شيء منه إلا ما يجوز في سائر البيوع(١)، ورجحه ابن حزم(٢).

وذهب مالك وربيعة، وطاووس(٣)، إلى أن عقد التولية والشركة من عقود الإرفاق، ويقصد بها المعروف كالإقالة، ولهذا ذهب الإمام مالك إلى جواز بيع الطعام تولية قبل قبضه، مع أن الإجماع على أن بيع الطعام قبل قبضه منهي عنه(٤).

---

(١) الحجة (٢/ ٧٠٦)، المبسوط (١١/ ١٧١)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨٠)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٠٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٠٥)، المجموع (٩/ ٢٠٨)، إحكام الأحكام (٢/ ١٣١)، طرح التثريب (٦/ ١١٥)، المغني (٤/ ٩٣)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٣٩١). وقد نسب هذا القول للجمهور ابن عبد البر في التمهيد (١٦/ ٣٤١).

(٢) المحلى، مسألة (١٥٠٩).

(٣) روى عبد الرزاق في المصنف (١٤٢٥٧) قال: أخبرنا معمر، عن ابن طاووس، عن أبيه، قال: لا بأس بالتولية، إنما هو معروف. وإسناده صحيح.
ورواه ابن أبي شيبة (٤/ ٣٨٤) حدثنا معتمر بن سليمان، عن معمر به.

(٤) المدونة (٤/ ٨٠)، بداية المجتهد (٢/ ١١٠)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٣٧٣)، المنتقى (٤/ ١٦٩)، الفروق للقرافي (٣/ ٢٨٣).

قال مالك: «أجمع أهل العلم أنه لا بأس بالشركة، والتولية، والإقالة في الطعام قبل أن يستوفى إذا انتقد الثمن ممن يشركه، أو يقيله، أو يوليه»(١).

وفي حكاية الإجماع نظر كبير، إذ لو قيل: إن أكثر أهل العلم يرى أن التولية بيع لم يكن ذلك بعيدًا.

قال ابن عبد البر: «وقد قال بهذا القول - يعني قول الإمام مالك - طائفة من أهل المدينة، وقال سائر الفقهاء، وأهل الحديث لا يجوز بيع شيء من الطعام قبل أن يستوفى، ولا تجوز فيه الإقالة، ولا الشركة، ولا التولية عندهم قبل أن يستوفى بوجه من الوجوه، والإقالة، والشركة، والتولية عندهم بيع...»(٢).

وهذه شهادة من ابن عبد البر أن سائر الفقهاء - غير مالك - لا يرون بيع الطعام قبل قبضه شركة وتولية، وهو ينقض دعوى الإجماع، والله أعلم.

وقال ابن حزم: «ما نعلم روي هذا إلا عن ربيعة، وعن طاووس فقط، وقوله عن الحسن في التولية قد جاء عنه خلافها...»(٣).

قال ابن ر شد في بداية المجتهد: العقود تنقسم أولًا إلى قسمين:

قسم يكون بمعاوضة.

وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات.

والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: يختص بقصد المغابنة والمكايسة، وهي البيوع، والإجارات، والمهور، والصلح، والمال المضمون بالتعدي وغيره.

---

(١) التاج والإكليل (٦/ ٤٢٧).

(٢) التمهيد (١٦/ ٣٤١)، وانظر الاستذكار (٢١/ ١٠، ١١).

(٣) المحلى، مسألة (١٥٠٩).

والقسم الثاني: لا يختص بقصد المغابنة، وإنما يكون على جهة الرفق، وهو القرض.

والقسم الثالث: فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا.

أعني على قصد المغابنة، وعلى قصد الرفق كالشركة والإقالة والتولية. . .وأما العقود التي تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهي التولية والشركة والإقالة.

فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز (يعني التولية والشركة) قبل القبض وبعده. . .[(١)].

وقد فصلت أدلة الأقوال في عقد البيع عند الكلام عن بيوع الأمانة، فأغنى عن إعادته هنا، والحمد لله.



(١) بداية المجتهد (٢/ ١١٠).

الفصل الرابع
في إيفاء المسلم فيه

إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه، ودفعه إلى ربه، تنفيذا للاتفاق القائم بينهما، وإبراء لذمته، فهل يجب على رب السلم قبوله وقبضه مطلقًا، أم أنه يجب عليه قبوله في حالات، ولا يجب في حالات. هذا ما سوف نكشف عنه من خلال البحث التالي.

أولًا: الحالات التي يجب على المسلم قبول المسلم فيه:

يجب على المسلم قبول المسلم فيه إذا أحضره المسلم إليه في الحالات التالية:

الحال الأولى:

[م-٧٤٢] إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه عند حلول الأجل وفق صفاته المشروطة في العقد والمتفق عليها بينهما في عقد السلم، فإنه يجب على المسلم قبوله، فإذا أسلم بطعام جيد فأتاه بطعام يقع عليه اسم الجيد، وإن كان غيره أجود منه لزمه قبوله، وإن تضمن ضررًا عليه في قبضه؛ لأنه حقه فوجب عليه قبوله كالوديعة، ولأن الضرر لا يزال بالضرر، ولأن في ذلك إبراء لذمة المسلم إليه، وهذا بالاتفاق(١).

الحال الثانية:

إذا تم تسليم المسلم فيه بصفة أجود من المتفق عليها، فلا خلاف بين الفقهاء في جواز قبوله، واختلفوا في وجوب ذلك على رب السلم:

---

(١) انظر الشرح الكبير (٣/ ٢٢٠، ٢٢١)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٣٨)، المغني (٤/ ٢٠٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٠١).

فقيل: يجب على المسلم قبوله. وهذا مذهب الجمهور[١].

وعللوا ذلك:

الأول: أنه من باب حسن القضاء.

الثاني: أن الامتناع عن قبوله عناد؛ لأنه قد زاده خيرًا.

الثالث: أن قبوله لا يفوت عليه أي غرض يبتغيه.

وقيل: يجوز قبول الأجود عن الأدنى، ولا يجب؛ لما في ذلك من المنة. وقياسًا على زيادة العدد. وهو مذهب المالكية[٢]، وقول مرجوح في مذهب الشافعية[٣].

ورد: بأن الجودة والرداءة لا يمكن فصلها، بخلاف الزيادة في العدد فإنها من قبيل الهبة فلم يلزمه قبولها.

وقيل: إن دفع ذلك على وجه التفضيل لا يلزم المسلم القبول، وإن دفعه لأجل أن يدفع عن نفسه مشقة تعويضه بمثل ما اشترط لزم قبوله، وهذا قول في مذهب المالكية[٤].

الحال الثالثة:

إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه على صفته المشروطة قبل حلول أجله،

---

(١) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٣٨)، مغني المحتاج (٢/ ١١٥)، السراج الوهاج (ص٢١٠)، المغني (٤/ ٢٠٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١٧).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٠)، الشرح الصغير (٣/ ٢٨٣).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ١١٥)، السراج الوهاج (ص٢١٠) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٣٨، ٤٣٩).

(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٠).

وليس في قبوله ضرر على رب السلم، وليس له غرض صحيح في تأخير استلامه، فهل يلزمه قبوله؟

قيل: يلزمه قبوله؛ لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجيل المنفعة، فجرى مجرى زيادة الصفة، وتعجيل الدين المؤجل، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة(١).

وقيل: يجوز قبوله ولا يجب؛ بشرط أن يأتي به على صفته المتفق عليها لا أجود، ولا أردأ، ولا أقل، ولا أكثر؛ لأن الأجل حق لهما، وهذا مذهب المالكية(٢).

وهو الصحيح؛ لأنه خلاف ما اتفق عليه.

الحال الرابعة:

إذا أحضر المسلم فيه بعد حلوله، ولكن في غير محل التسليم المتفق عليه، ولم يكن لحمله مؤونة، فهل يلزم المسلم قبوله؟

قيل: يلزمه وهذا مذهب الشافعية والحنابلة(٣).

وقيل: إن كان المسلم فيه عينًا (دراهم أو دنانير) لزمه قبوله، وإن كان عرضًا، ولو لم يكن لحمله مئونة كجوهر لم يلزمه قبوله، وهو مذهب المالكية(٤).

وأرى أنه لا يلزمه قبوله مطلقًا؛ لأنه خلاف ما اتفق عليه في العقد.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١١٦)، السراج الوهاج (ص٢١٠)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٢)، المغني (٤/ ٢٠٣).
(٢) الخرشي (٥/ ٢٢٥)، منح الجليل (٥/ ٣٩٢)، مواهب الجليل (٤/ ٥٤١) وانظر بهامشه التاج والإكليل (٤/ ٥٤١).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ١١٦)، السراج الوهاج (ص٢١٠)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٢)، المغني (٤/ ٢٠٣).
(٤) الخرشي (٥/ ٢٢٩)، مواهب الجليل (٤/ ٥٤٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢).

هذه هي الحالات التي قيل بأنه يلزم المسلم قبول المسلم فيه إذا أحضره المسلم إليه، وهي في أكثرها مختلف فيها.

فإن امتنع المسلم من قبض حقه فيلزم بالقبض أو الإبراء فيقال له: إما أن تقبض، وإما أن تبرئ منه، فإن لم يفعل دفعه إلى الحاكم وبرئ لذلك، ويقوم الحاكم مقامه في القبض بحكم ولايته العامة(١).

[م-٧٤٣] ثانيًا: الحالات التي يجوز قبول المسلم فيه، ولا يلزم:

الحال الأولى:

أن يأتي به قبل حلوله، ويكون في قبضه ضرر على ربه، أو كان له غرض صحيح في تأخير استلامه، فإنه يجوز له أن يقبضه ولكن لا يلزمه قبوله.

الحال الثانية:

أن يأتي به دون صفته المتفق عليها، فإنه يجوز أخذه إذا تراضيا على ذلك، ولا يلزمه القبول(٢).

الحال الثالثة:

[م-٧٤٤] أن يكون أجود مما اتفق عليه، ولكنه من نوع آخر، كمن أسلم في تمر برني، فجاءه بمعقلي أجود منه، فإنه يجوز له قبوله، ولا يلزمه، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعي، والمشهور من مذهب الحنابلة(٣).

وقيل: يجب عليه قبوله، وهو أحد الوجهين في مذهب الإمام الشافعي(٤).

---

(١) انظر الشرح الكبير (٣/ ٢٢٠، ٢٢١)، المغني (٤/ ٢٠٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٠١).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٠)، السراج الوهاج (ص٢١٠).

(٣) السراج الوهاج (ص٢١٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢١٩).

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٣٩).

وجهه: أنه أعطاه من جنس حقه، وفيه زيادة لا تتميز، فأشبه ما لو أسلم في نوع رديء فأعطاه من ذلك النوع جيدًا، فإنه يلزمه قبوله.

وقيل: يحرم، وهو الأظهر عند الشافعية[١].

لأنه يشبه الاعتياض عن المسلم فيه، وهو غير جائز.

والأظهر أن ذلك جائز، وليس بواجب.

هذه هي الحالات التي يجوز لرب السلم قبول المسلم فيه، ولا يلزمه، والله أعلم.



(١) نهاية المحتاج (٤/ ٢١٤).

الفرع الأول
حكم الاعتياض عن صفة الجودة والرداءة

[م-٧٤٥] إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه، وكان أعلى جودة مما اتفق عليه، وطلب المسلم إليه عوضًا عن زيادة الصفة، ومثله لو دفع المسلم إليه أردأ مما طلب، وقال للمسلم خذه وأعطيك عوضًا عن ما فقدته من الجودة، فهل يجوز الاعتياض عن صفة الجودة والرداءة؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

فقيل: يجوز الاعتياض عن الجودة والرداءة؛ وهذا مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢).

❑ وجه القول بالجواز:

الأصل أن تكون الجودة متقومة في الأموال كلها؛ لأنها صفة مرغوبة يبذل الناس الأموال في طلبها والحصول عليها، ولم يسقط الشرع قيمتها إلا في الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها، فبقيت متقومة في غيرها على الأصل، فيصح الاعتياض عنها.

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٤٦).

(٢) واشترط المالكية للجواز ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون ذلك بعد حلول أجله.

الثاني: أن يعينه، فإن لم يعين منع؛ لأنه سلم في حال، وهو ممنوع عندهم.

الثالث: أن يعجله، فإن لم يعجل منع؛ لأنه فسخ دين في دين.

انظر منح الجليل (٥/ ٣٩٧)، التاج والإكليل (٤/ ٥٤٣)، مواهب الجليل (٤/ ٥٤٣)، الخرشي (٥/ ٢٢٨).

وقيل: لا يجوز الاعتياض عن الجودة، ويجوز الاعتياض عن الزيادة في المقدار، وهو مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

❑ وجه القول بالمنع:

الوجه الأول:

أن الجودة صفة، فلا يجوز إفرادها في العقد بخلاف الزيادة في القدر فإنه يجوز الاعتياض عنها؛ لأن الزيادة يجوز إفرادها بالبيع.

الوجه الثاني:

أن هذا من باب بيع المسلم فيه قبل قبضه، وهذا لا يجوز.

والأول أصح بشرطين:

الأول: ألا يوقع ذلك في ربا الفضل، فلا يجوز الاستعاضة عن صفة الجودة والرداءة بما هو من جنس المسلم فيه إذا كان مالًا ربويًا، فلو أسلم في قمح جيد، ولم يكن عند المسلم إليه إلا الرديء جاز أن يأخذ فرق الجودة من غير الجنس، كأن يأخذ نقودًا مثلًا، أما إذا أعطاه القمح الرديء وزاده في الكمية مقابل الرداءة فلا يجوز منعًا لربا الفضل، فكأنه أبدل ما وجب له من القمح بقمح أكثر منه، وأخذ زيادة في مقابل الجودة.

الشرط الثاني:

أن تكون فروق الأسعار بين الجيد والرديء معلومة على سبيل القطع

---

(١) المهذب (١/ ٣٠١)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٣٨)، تكملة المجموع للمطيعي (١٢/ ١٦٢).

(٢) المبدع (٤/ ١٨٦)، المغني (٤/ ٢٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٧).

للمتعاقدين، أو يمكن الرجوع فيها إلى أهل الخبرة في معرفة درجة الجودة والرداءة، بحيث يأخذ مقدار ما نقصه من غير زيادة؛ لأن الربح في هذه المعاوضة غير جائز؛ لأنه لا يجوز أن يربح فيما لم يدخل ضمانه، لأن المسلم فيه لم يقبض بعد، فضمانه على البائع، وليس على المشتري، فلا يجوز للمشتري أن يربح فيه، والله أعلم.



الفرع الثاني
إذا تعذر المسلم فيه عند حلول الأجل

[م-٧٤٦] اختلف الفقهاء فيما إذا حان وقت تسلم المسلم فيه، ولم يوجد المسلم فيه لسبب من الأسباب، ولم يكن التأخير بسبب مطل المسلم إليه.

فقيل: يخير المشتري بين فسخ العقد، والرجوع بالثمن إن كان موجودًا، وإن كان غير موجود رجع بمثله إن كان مثليًا، أو بقيمته إن كان قيميًا. أو الانتظار والتربص إلى وقت وجود المسلم فيه. ويختص الخيار بالمشتري وهذا مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والأرجح عند الشافعية[3]، والحنابلة[4].

❑ وجه القول بأن العقد لا ينفسخ:

أن المعقود عليه ثابت في الذمة، وما ثبت في الذمة لا يلحقه تلف، وقد انعقد السلم صحيحًا مستجمعًا لشروطه، وتعذر التسليم لا يوجب الفسخ؛ لأن المسلم فيه قد يوجد فيما بعد، ولكن تأخر التسليم يعطي المشتري حق الفسخ، فإذا قبل بالانتظار فهو حقه.

وقيل: إذا تعذر التسليم عند حلول الأجل انفسخ العقد، وهو اختيار زفر من

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٧٢)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٠).

(٢) التاج والإكليل (٤/ ٥٣٦)، الشرح الكبير (٣/ ٢١٤)، الخرشي (٥/ ٢٢١)، الذخيرة (٥/ ٢٧٧).

(٣) الأم (٣/ ٨٦)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٩٥)، نهاية المحتاج (٤/ ١٩٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٦).

(٤) المغني (٤/ ١٩٦)، الإنصاف (٥/ ١٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٥).

الحنفية[١]، وقول أشهب من المالكية[٢]، وقول في مذهب الشافعية[٣]، ووجه عند الحنابلة[٤].

❑ وجه القائلين بالفسخ:

قالوا ينفسخ السلم ضرورة، ولا يجوز التأخير، وكأنهم رأوا أن تأخيره من باب الكالئ بالكالئ[٥].

وقيل: ينفسخ العقد إلا أن يتفقا على الانتظار. وهو اختيار أصبغ من المالكية[٦].

وجهه: أننا اشترطنا الاتفاق على التأخير لشمول الضرر لهما.

وقيل: من طلب التأخير منهما فله ذلك إلا أن يجتمعا على المحاسبة، وهو قول سحنون من المالكية[٧].

ولم يذكر المالكية دليل سحنون، ولم أقف له على ما يمكن أن يستدل له.

واختار ابن حزم بأنه مخير بين أن يصبر حتى يوجد، وبين أن يأخذ قيمته لو وجد في ذلك الوقت[٨].

واشترطنا أن يكون التأخير بسبب انقطاع المسلم فيه احترازًا من أن يكون

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ١١٣)، فتح القدير (٧/ ٨٢).
(٢) المنتقى للباجي (٥/ ٧٣)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٤).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٠٦)، منهاج الطالبين (ص٥٣)، نهاية المحتاج (٤/ ١٩٤).
(٤) المغني (٤/ ١٩٦، ١٩٧)، الإنصاف (٥/ ١٠٤).
(٥) بداية المجتهد (٢/ ١٥٤).
(٦) الذخيرة (٥/ ٢٧٧).
(٧) المدونة (٤/ ١١)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٤، ١٥٥).
(٨) المحلى، مسألة: ١٦٢٣ .

التأخير بسبب من المسلم إليه كأن يكون موسرًا مماطلًا فإن حكمه حكم المدين المماطل.

فلا يجوز شرعًا المطالبة بتعويض بسبب التأخر في السداد، وقد تكلمنا على هذه المسألة في مسألة مستقلة فأغنى عن إعادته هنا.

وقول ابن حزم - عندي - أقوى؛ لأن الرجوع بالثمن فيه خسارة على المشتري بعد كل هذا الانتظار، وقد استفاد المسلم إليه في الثمن طيلة هذه المدة، ووجب في ذمته المسلم فيه دينًا عليه، وقد تعذر فيرجع إلى قيمة المسلم فيه عند التعذر، ويدفع إلى المسلم. هذا هو القول العدل عندي، والله أعلم.



الفصل الخامس
توثيق الدين المسلم فيه برهن أو كفيل

[م-٧٤٧] أجاز جمهور الفقهاء جواز أخذ الرهن والكفيل في المسلم فيه، وهو رواية في مذهب الحنابلة(١).

وقيل: لا يجوز، وهو قول سعيد بن جبير(٢)، وزفر(٣)، والأوزاعي، وأبي ثور(٤)، والرواية المشهورة في مذهب الحنابلة(٥).

وقيل: يجوز اشتراط الرهن، ولا يجوز اشتراط الكفيل، وهو اختيار ابن حزم(٦).

❑ دليل القائلين بالجواز:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ الآية إلى قوله ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة: ٢٨٢، ٢٨٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٤)، المبسوط (١٢/ ١٥١، ١٥٢)، البحر الرائق (٨/ ٢٧٩)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٦)، المدونة (٤/ ٥٦، ٥٨)، بداية المجتهد (٢/ ٢٠٥)، الأم (٣/ ٩٤)، الإقناع للماوردي (ص٩٨)، فتح الباري (٥/ ٣٣٩)، المغني (٤/ ٢٠٤، ٢٠٥)، المحرر (١/ ٣٣٥)، تصحيح الفروع (٤/ ٢٠٨)، الإنصاف (٥/ ١٢٢).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٢٧١).

(٣) البحر الرائق (٨/ ٢٧٩)،

(٤) انظر شرح ابن بطال للبخاري، باب الرهن في السلم، ونيل الأوطار (٥/ ٣٤٦).

(٥) المحرر (١/ ٣٣٥)، المغني (٤/ ٢٠٤، ٢٠٥)، تصحيح الفروع (٤/ ٢٠٨)، الإنصاف (٥/ ١٢٢)، رؤوس المسائل الخلافية - لأبي المواهب العكبري (٢/ ٨٠٦).

(٦) المحلى (٩/ ١١٠).

وقد ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه يرى أن الآية نزلت في السلم[(١)]، فالآية نص في جواز أخذ الرهن في دين السلم، وعمومها دليل على جواز أخذ الرهن في جميع المداينات.

الدليل الثاني:

(ح-٥٤٠) روى البخاري ومسلم من طريق الأسود **عن عائشة** رضي الله عنها، **أن النبي** ﷺ **اشترى طعامًا من يهودي إلى أجل، ورهنه درعًا من حديد**[(٢)].

وجه الاستدلال:

إذا جاز أن يشتري الرجل طعامًا أو عرضًا بثمن إلى أجل، ويدفع في الثمن رهنًا، كذلك يجوز إذا دفع دراهم في طعام موصوف مؤجل أن يأخذ فيه رهنًا، ولا فرق بينهما، فلما جاز الرهن في الثمن بالسنة المجتمع عليها جاز في المثمن؛ وهو السلم؛ لأنه أحد العوضين.

الدليل الثالث:

(ث-٩٨) روى ابن أبي شيبة من طريق سعيد بن أبي عروبة، وأيوب فرقهما عن قتادة، عن أبي حسان **عن ابن عباس** رضي الله عنهما **قال: لا بأس بالرهن في السلم**[(٣)].

[حسن].

الدليل الرابع:

قال مالك: لا بأس بالرهن والكفيل في السلم، ولم يبلغني أن أحدًا كرهه غير الحسن البصري[(٤)].

---

(١) المصنف (٤/ ٤٨١).

(٢) البخاري (٢٠٦٨)، ومسلم (١٦٠٣).

(٣) المصنف (٤/ ٢٧١) رقم: ٢٠٠١٥، ٢٠٠١٦ .

(٤) شرح ابن بطال للبخاري، باب الرهن في السلم.

وتعقب:

بأنه قد كره الرهن والكفيل في السلم علي بن أبي طالب، وسعيد بن جبير كما سيأتي إن شاء الله تعالى في أدلة المانعين.

❑ دليل من منع الرهن في السلم:

الدليل الأول:

(ث-٩٩) ما رواه ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن أبي زائدة، عن أبي عياض **أن عليًا كان يكره الرهن والكفيل في السلم**[(١)].

[ضعيف][(٢)].

الدليل الثاني:

(ث-١٠٠) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو الأحوص، عن محمد ابن قيس، قال: **سئل ابن عمر عن الرجل يسلم السلم، ويأخذ الرهن، فكرهه، وقال: ذلك السلف المضمون. يعني الربح**[(٣)].

[ضعيف][(٤)].

---

(١) المصنف (٤/ ٢٧٣).

(٢) لم أقف على ترجمة لعبد الله بن أبي زائدة، وقد ذكر ابن بطال في شرحه للبخاري في باب الرهن في السلم هذا القول عن علي، ولم يتعقبه.

(٣) المصنف (٤/ ٢٧٣).

(٤) فيه محمد بن قيس المدني أبو حازم، لم أقف له على ترجمة، وقد قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/ ١٩٩) محمد بن قيس المدني أبو حازم لم أجد من ترجمه. اهـ
ورواه مقاتل بن سليمان، عن نافع، عن ابن عمر كما في الكامل لابن عدي (٦/ ٤٣٨)، ومقاتل ليس بشيء.

الدليل الثالث:

أن المسلم فيه عرضة للانقطاع، فإذا استوفى من الرهن أو من الكفيل صار مستوفيًا لحقه من غير المسلم فيه، وذلك لا يجوز.

والراجح قول الجمهور؛ لأنه لا فرق بين دين السلم وغيره من الديون.



الفصل السادس
الإقالة في عقد السلم

[م-٧٤٨] تَرِدَ الإقالة على عقد السلم قبل قبض المسلم فيه وبعده، فترفع أثر العقد بين المتقايلين، وتوجب رد رأس المال إلى المشتري سواء أكان مثليًا أم عينيًا إن كان الثمن في يد المسلم إليه[١]، وحكي فيه الإجماع، حكاه ابن عبد البر وابن قدامة[٢]، وابن القيم في تهذيب السنن.

قال ابن عبد البر: «قد أجمعوا أن الإقالة بيع جائز في السلف برأس المال»[٣].

فإن خرج عن يده بتلف أو غيره.

فقيل: يرد مثله إن كان مثليًا أو قيمته إن كان قيميًا، وهذا مذهب الجمهور[٤].

قال ابن عابدين: «اعلم أنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة، إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه، فإنها صحيحة، سواء كان رأس المال عينًا، أو دينًا، وسواء كان قائمًا في يد المسلم إليه، أو هالكًا؛ لأن المسلم فيه، وإن كان دينًا حقيقة، فله حكم العين، حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه، وإذا

---

(١) المحرر (١/ ٣٣٤)، المغني (٤/ ٩٦).

(٢) الكافي (٢/ ١٠١).

(٣) الاستذكار (٢١/ ١٢، ١٣).

(٤) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٩)، وانظر بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٩)، البحر الرائق (٦/ ١١٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٨)، مرقاة المفاتيح (٦/ ٩١)، أسنى المطالب (٢/ ٧٥)، الوسيط (٣/ ١٤٠)، الإنصاف (٤/ ٤٧٨) و (٥/ ١١٢)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٨).

صحت - يعني الإقالة - فإن كان رأس المال عينًا ردت، وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثليًا، والقيمة إن كان قيميًا...»[(١)].

وذهب المالكية إلى أن الثمن إن خرج من يد المسلم إليه فإنه فوت يمنع الإقالة إلا أن يكون الثمن نقدًا فتصح الإقالة[(٢)].

لأن النقد لا يتعين رد عينه عندهم حتى مع وجوده، فإذا كان له أن يعطيك مثله ولو كان في يده، صح أن يعطيك مثله مع فواته على أن يرد المسلم إليه مثله معجلًا، ولا يؤخره اليومين والثلاثة.

واختار ابن حزم عدم جواز الإقالة في السلم مطلقًا:

واحتج بأن الإقالة بيع، وهي من بيع ما لم يقبض، وقد نهي عنه؛ لأنه غرر[(٣)].

وهل تصح الإقالة في بعض المسلم فيه؟

فيه خلاف بين أهل العلم:

فقيل: تصح في بعضه كما تصح في جميعه، وهو ما ذهب إليه الحنفية[(٤)]، والشافعية[(٥)]، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد[(٦)].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٩)، وانظر بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٩)، البحر الرائق (٦/ ١١٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٨).

(٢) المدونة (٤/ ٦٩، ٧٤)، الخرشي (٥/ ١٦٦)، التاج والإكليل (٤/ ٤٨٥)، الشرح الكبير (٣/ ١٥٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٥٤، ١٥٥)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٣٦١).

(٣) المحلى، مسألة: ١٦٢٤ .

(٤) تحفة الفقهاء (٢/ ١٨)، المبسوط (١٢/ ١٣٠).

(٥) روضة الطالبين (٣/ ٤٩٦).

(٦) المغني (٤/ ٢٠١، ٢٠٢).

لأن الإقالة مندوب إليها، وكل مندوب إليه جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء والإنظار.

وقيل: لا تصح الإقالة في بعض المسلم فيه، إلا أن يكون رأس المال عرضًا يعرف بعينه، أو كان عينًا (دراهم أو دنانير) أو طعامًا لا يعرف بعينه ولم يقبضه المسلم إليه، أو قبضه ولم يغب عليه.

وأما إن كان رأس المال عينًا، أو طعامًا وقبضه المسلم إليه، وغاب عليه لم تجز الإقالة في البعض، هذا مذهب المالكية(١).

لأن الإقالة في البعض تأخذ حكم البيع، وبيع الشيء قبل قبضه لا يجوز، والأول أصح.

وقد عقدت بابًا خاصًا لأحكام الإقالة في المجلد السابع من هذه المنظومة فارجع إليه إن شئت.



(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٨٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٥٥)، الخرشي (٥/ ١٦٥)، التفريع لابن الجلاب (٢/ ١٣٦).

فرع
في استبدال رأس المال بغيره بعد الإقالة

[م-٧٤٩] إذا أقال أحد العاقدين الآخر، فأتاه المسلم إليه بشيء آخر من غير جنس رأس المال عوضًا عنه إبراء لذمته، فما حكم ذلك؟

فقيل: لا يجوز مطلقًا، وهو مذهب الحنفية(١)، والحنابلة(٢).

❑ وجه المنع:

لما كان استبدال المسلم فيه ممنوعًا مطلقًا عند الحنفية والحنابلة، فإن أخذ عوض جديد برأس مال السلم قد يتخذ حيلة لبيع المسلم فيه قبل قبضه، فإذا أراد العاقدان استبدال المسلم فيه تقايلا، ثم اعتاض عن رأس مال السلم عوضًا آخر، وهو في حقيقته استبدال للمسلم فيه.

وقد ذكرنا أدلة الجمهور في منع استبدال المسلم فيه قبل قبضه، فأغنى عن إعادته.

وقيل: يجوز مطلقًا، وهو اختيار زفر من الحنفية(٣)، ومذهب الشافعية(٤)، واختاره أبو يعلى من الحنابلة(٥).

---

(١) فتح القدير (٧/ ١٠١)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٩)، بداية المبتدي (ص١٤٢)، الجامع الصغير (ص٣٢٧)، المبسوط (١٢/ ١٤٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٣).

(٢) الإنصاف (٥/ ١١٤)، رؤوس المسائل الخلافية للعكبري (٢/ ٧٦٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٧)، المغني (٤/ ٢٠٢).

(٣) فتح القدير (٧/ ١٠٣).

(٤) السراج الوهاج (ص١٩٢)، نهاية الزين (ص٢٣٦)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٠٦)، نهاية المحتاج (٤/ ٩٠)، حاشية الجمل (٣/ ١٦٥)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٧٤)، إعانة الطالبين (٣/ ٤٠).

(٥) المغني (٤/ ٢٠٢).

❑ **وجه القول بالجواز:**

القياس على ثمن المبيع في غير السلم، وذلك أنه بالإقالة بطل السلم، وصار رأس مال السلم دينًا عند المسلم إليه، فيصح الاستبدال به كسائر الديون.

وقيل: يجوز في المواضع التي يجوز فيها بيع المسلم فيه قبل القبض، ويمنع في المواضع التي يمنع فيها بيع المسلم فيه قبل القبض. وهذا مذهب مالك[(١)].

وجهه:

أن المسلم فيه إذا كان مما لا يصح بيعه قبل القبض كالطعام مثلًا، فإن استبدال رأس مال السلم يؤدي إلى الاعتياض عن المسلم فيه قبل قبضه، وهو الطعام، فكأنه باع الطعام قبل قبضه باستبداله بعوض آخر، أما إذا كان المسلم فيه مما يصح بيعه قبل قبضه كما لو كان المسلم فيه عرضًا كالحيوان مثلًا، فإنه يجوز استبدال رأس مال السلم بغيره، لأنه لا محذور هنا في بيع المسلم فيه قبل قبضه، وفقًا لمذهب المالكية، والله أعلم.

❑ **الراجح:**

أرى أن مذهب الشافعية موافق للقياس، وهو أن رأس مال السلم بعد الإقالة صار دينًا في ذمة البائع، والاعتياض عنه جائز كسائر الديون، والأدلة المرفوعة التي تنهى عن بيع المسلم فيه قبل القبض ليست صحيحة، والله أعلم.



---

(١) المدونة (٤/ ٧٦)، الاستذكار (٢٠/ ٢٤) تهذيب المدونة (٣/ ٦٤)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٥، ١٥٦)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٦٢)، الذخيرة (٥/ ١٥٤)، البيان والتحصيل (٧/ ١١١).

الفصل السابع
في تقسيط المسلم فيه على نجوم

قال البهوتي: كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال إن بيَّن قسط كل أجل وثمنه[١].

[م-٧٥٠] إذا أسلم الرجل في شيء يستلمه على أقساط معينة، قسط منه يحل في الشهر الأول، وآخر يحل في الشهر الثاني، وهكذا، فهل يجوز ذلك؟

اختلف العلماء فيه:

فقيل: يجوز مطلقًا، وهو مذهب المالكية[٢]، والأظهر عند الشافعية[٣].

وقيل: لا يجوز ذلك، وهو قول في مذهب الشافعية[٤].

وقيل: يصح إن بين قسط كل أجل وثمنه.

وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة[٥].

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٢، ٩٣)، وانظر الموسوعة الكويتية (٢٥/ ٢٢٩).

(٢) جاء في الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٦٧): «يجوز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين، وفي شيئين إلى أجل واحد...».
وانظر اختلاف الفقهاء للطبري (ص١٠١).

(٣) المهذب (١/ ٣٠٠)، أسنى المطالب (٢/ ١٢٦).

(٤) الأم (٣/ ١١٨)، المهذب (١/ ٣٠٠).

(٥) الإنصاف (٥/ ٩٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١١٣)، المبدع (٤/ ١٩٠)، المغني (٤/ ٢٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٢).

❑ دليل من قال بالجواز:

الدليل الأول:

قوله ﷺ: (إلى أجل معلوم)، ولم يفرق بين أجل وأجلين.

الدليل الثاني:

ولأن كل ما جاز أن يكون في الذمة إلى أجل جاز أن يكون إلى أجلين كالأثمان.

الدليل الثالث:

ولأنه سلم فيما يضبط صفته مما يجوز أن يسلم فيه إلى وقت معلوم يوجد فيه، فأشبه السلم في الشيء الواحد إلى الأجل الواحد.

❑ دليل من قال: لا يجوز مطلقًا:

أن القسط الثاني إذا كان على صفة القسط الأول كان المستأخر منهما أقل قيمة من المتقدم قبله، وبالتالي لا يمكن معرفة حصة كل واحد منهما من الثمن، فيكون مجهولًا، ولأنه لا يؤمن الفسخ بتعذر أحدهما فلا يعرف بما يرجع، وهذا نوع من الغرر.

❑ دليل من قال بالجواز إذا بين قسط كل أجل وثمنه:

أنه إذا بين قسط كل أجل وثمنه أمكن معرفة حصة كل واحد منهما، فلا يكون في ذلك غرر، فلو انفسخ العقد بتعذر أحدهما لم يؤد ذلك في القسط الآخر، والله أعلم.

وقد أجاز المالكية[1]، . . . .

(١) الكافي في فقه أهل المدينة (٣٣٨)، التاج والإكليل (٤/ ٥٢٨)، الذخيرة (٥/ ٢٢٩)، مواهب الجليل (٤/ ٥٢٨)، منح الجليل (٥/ ٣٨٤).

والحنابلة[١]، أن يسلم في شيء كلحم وخبز يأخذ كل يوم جزءًا معلومًا مطلقًا، سواء بين ثمن كل قسط أولا، لدعاء الحاجة إليه.

جاء في كشاف القناع: «(فإن قبض البعض) مما أسلم فيه، ليأخذ منه كل يوم قدرًا معلومًا (وتعذر قبض الباقي رجع بقسطه من الثمن، ولا يجعل الباقي فضلًا على المقبوض)؛ لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء، فقسط الثمن على أجزائه بالسوية كما لو اتحد أجله»[٢].

❑ **الراجح:**

القول بالجواز؛ لقوة دليله، والله أعلم.



(١) مسائل الإمام أحمد رواية أبي الفضل (٣/ ٦٣)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢١٩).

(٢) كشاف القناع (٣/ ٣٠٠)، وانظر المغني (٤/ ٢٠٢، ٢٠٣).

الفصل الثامن
في السلم الموازي

المبحث الأول
في تعريف السلم الموازي

تعريف السلم الموازي:

عرفه بعضهم: بأنه استخدام صفقتي سلم متوافقتين دون ربط بينهما[١].

شرح التعريف:

أن يقوم البنك الإسلامي بالشراء سلمًا لسلعة موصوفة في الذمة بثمن مقدم في مجلس العقد، ثم يقوم بعقد سلم آخر فيما بين تاريخ عقد السلم وتاريخ قبض المسلم فيه دون أن يربط ذلك بالعقد الأول، فيتحول من مشتر إلى بائع، وذلك بأن يبيع سلعة موصوفة في الذمة لصالح تاجر آخر بشروط مماثلة لشروط عقد السلم الأول، وينوي أن يقبضه من تلك السلعة التي أسلم فيها، فإذا وقع البيع على موصوف في الذمة قام البنك بتوكيل المشتري بقبضه من البائع الأول، أو قام البنك بقبضه، ثم سلمه إلى المشتري.

وبناء على هذا التعريف:

فإن السلم الموازي يقوم على عقدين منفصلين، ومن خلالهما يتوصل إلى بيع المسلم فيه قبل قبضه دون الوقوع في خلاف العلماء في النهي عن بيع الشيء قبل

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (١/ ٤٠٧).

قبضه، وذلك أن البيع الثاني هو بيع دين في الذمة، وليس بيعًا معينًا، فلم يقع البيع على المسلم فيه، وإنما كانت من نية البائع أن يكون الإيفاء من المسلم فيه.

وقد ظن كثير من الباحثين أن هذه المعاملة محدثة.

والحق أن الشافعي قد نص عليه، وأجازه، ففي كتابه الأم، قال رحمه الله: «ومن سلف في طعام، ثم باع ذلك الطعام بعينه قبل أن يقبضه لم يجز، وإن باع طعامًا بصفة، ونوى أن يقبضه من ذلك الطعام فلا بأس...»[1].



(١) الأم (٣/ ٧٢).

المبحث الثاني
في حكم السلم الموازي

[م-٧٥١] أجاز الشافعي في الأم كما سبق السلم الموازي.

واستدل الشافعي على الجواز: بأن حق المشتري في العقد الثاني لم يتعلق في عين المسلم فيه، وإنما تعلق في ذمة البائع، ولذلك كان له أن يقضيه من أي ماله شاء، فلو قضاه من غير المسلم فيه كان له ذلك، ولا يحق للمشتري أن يطالبه بعين المسلم فيه.

ولأنه غير داخل في النهي عن ربح ما لم يضمن؛ لأن ضمانه على البائع، وليس على المشتري، فلو هلك المسلم فيه لم ينفسخ العقد، بل عليه أن يدفع سلعة تنطبق عليها الشروط، كل هذا دليل على أن حق المشتري لم يتعلق بالمسلم فيه، وإنما تعلق بذمة البائع.

قال الشافعي: «ومن سلف في طعام ثم باع ذلك الطعام بعينه قبل أن يقبضه لم يجز، وإن باع طعاما بصفة، ونوى أن يقضيه من ذلك الطعام فلا بأس؛ لأن له أن يقضيه من غيره؛ لأن ذلك الطعام لو كان على غير الصفة لم يكن له أن يعطيه منه، ولو قبضه، وكان على الصفة كان له أن يحبسه، ولا يعطيه إياه، ولو هلك كان عليه أن يعطيه مثل صفة طعامه الذي باعه»(١).

ورأى بعض العلماء المعاصرين أن السلم الموازي لا خلاف فيه بين الفقهاء في جوازه ومشروعيته(٢).

---

(١) الأم (٣/ ٧٢).

(٢) انظر بحثًا للشيخ نزيه حماد منشورًا في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (١/ ٦٠٧).

وخالف في ذلك الشيخ الصديق الضرير، فاختار المنع.

واستدل على ذلك بقوله: «السلم المتوازي في رأيي حيلة لبيع المسلم فيه قبل قبضه، وهي حيلة لا تخلو من شبهة الربا التي أشار إليها ابن عباس بقوله في بيع الطعام قبل قبضه: ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ، وبخاصة إذا اتخذ هذا الأسلوب من السلم المتوازي بقصد التجارة والربح، وتكرر السلم المتوازي للمعاملة الأولى، ويدخله مانع آخر: هو الضرر الذي يصيب المستهلك من ارتفاع سعر السلعة قبل أن تصل إليه بسبب انتقالها لأكثر من تاجر»[1].

والراجح الأول، وكونه حيلة لبيع المسلم فيه قبل قبضه، فهي حيلة شرعية، كما قال ﷺ في الحيلة في استبدال التمر الرديء بتمر جيد، بأن يبيع التمر الرديء، ويشتري بثمنه تمرًا جيدًا، فكذلك هنا، فالعقد لم يعقد على عين المسلم فيه حتى يقال: إن ذلك يؤدي إلى بيع المسلم فيه قبل قبضه، ولا يتأتى العقد على عينه، وهو دين، والله أعلم.



(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (١/ ٤٢٢).

الباب الخامس
في عقد الإستصناع

تمهيد
في تعريف الاستصناع وبيان مقوماته

تعريف الاستصناع اصطلاحًا(١):

قال الكاساني: هو عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل(٢).

شرح التعريف:

فقوله: (عقد) أخرج الوعد، ومعنى ذلك أنه يشترط لانعقاده إيجاب وقبول صحيحان كما يشترط في سائر عقود المعاوضات.

---

(١) تعريف عقد الاستصناع لغة:
جاء في اللسان (٨/ ٢٠٩): صنعه يصنعه صنعًا، فهو مصنوع، وصنع عمله، وقوله تعالى: ﴿صُنْعَ اللَّهِ الَّذِيٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ﴾ الآية [النمل: ٨٨].
والاصطناع: افتعال من الصنيعة: وهي العطية والكرامة والإحسان، وفي الحديث قال رسول الله ﷺ: **لا توقدوا بليل نارًا، ثم قال: أوقدوا واصطنعوا**...
قوله: اصطنعوا: أي اتخذوا صنيعًا، يعني: طعامًا... ويقال: اصطنع فلان خاتمًا: إذا سأل رجلًا أن يصنع له خاتمًا... كما تقول: اكتتب: أي أمر أن يكتب له... واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه.
وفي المطلع (ص١٣٥): والصناعة: بكسر الصاد وفتحها، قال الجوهري: الصناعة: حرفة الصانع.
وفي مختار الصحاح (ص١٥٥): «الصنع بالضم: مصدر قولك: صنع إليه معروفًا، وصنع به صنيعًا قبيحًا، أي فعل».

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢)، وقال في تحفة الفقهاء (٢/ ٣٦٢): «عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع».

وقوله: (على مبيع) إشارة إلى أنه من عقود البيع عند الحنفية، وليس من عقود الإجارة، فيشترط له ما يشترط في البيوع من كون المبيع معلومًا، والثمن كذلك، ورضا المتبايعين.. الخ شروط البيع. وهذه المسألة فيها خلاف سيأتي تحريرها إن شاء الله تعالى.

كما يؤخذ منه أن هناك شيئًا يباع، وهو في الاستصناع: المواد الخام والتي يستعملها الصانع في صنعته.

وقوله: (في الذمة) إشارة إلى أن المبيع في شكله النهائي متعلق بالذمة، لأن المواد الخام، وإن وقع عليها البيع إلا أنها مقصودة لغيرها، حيث يحال القماش إلى ثوب، والجلد إلى خف، والحديد إلى سيارة، والخشب إلى سفينة، وهكذا.

وقوله (شرط فيه العمل) أخرج السلم، فإن السلم وإن كان عقدًا على مبيع في الذمة إلا أنه لا تدخله الصنعة.

وفي تعريف آخر:

جاء في مجلة الأحكام العدلية: «الاستصناع: عقد مقاولة مع أهل الصنعة، على أن يعمل شيئًا، فالعامل: صانع، والمشتري: مستصنع، والشيء: مصنوع»[1].

يضاف إلى ذلك الثمن، لتكتمل مقومات الاستصناع:

صانع: وهو من يقوم بتحضير المواد الخام، ويباشر العمل بنفسه، أو يكلف من ينوب عنه.

---

(١) انظر مادة (١٢٤).

مستصنع: وهو طالب الصنعة.

مصنوع: وهو المبيع.

ثمن: وهو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المادة المصنعة.



الفصل الأول
في توصيف عقد الاستصناع

حتى نتمكن من توصيف عقد الاستصناع لا بد من الكلام على ذلك من خلال بيان الفرق بينه وبين عقد السلم، وهل هو عقد، أو مجرد وعد؟

وإذا كان عقدًا، فهل هو عقد بيع أو عقد إجارة؟

وإذا كان بيعًا فهل هو بيع عين، أو بيع دين؟

وهل هو عقد لازم أو غير لازم؟

فمن خلال كشف هذه الأمور نستطيع أن نخرج بتصور صحيح عن عقد الاستصناع يكشف حقيقته للقارئ الكريم، وفقنا الله للصواب بمنه وكرمه.



المبحث الأول
الفرق بين الاستصناع والسلم

[م-٧٥٢] الجمهور لا يذكرون عقد الاستصناع بتعريف مستقل، وإنما يذكرونه في باب السلم: في بيع شيء موصوف في الذمة مما تدخله الصنعة، ويصرحون بعدم جوازه إذا لم تتوفر فيه شروط السلم.

قال في الإنصاف: «ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، واقتصر عليه في الفروع...»(١).

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٠٠): وبقية كلامه، قال رحمه الله «وقالوا أيضا: لا يصح بيع ثوب نسج بعضه، على أن ينسج بقيته. وعللوا تبعًا للقاضي: بأن بيع المنسوج بيع عين، والباقي موصوف في الذمة، ولا يصح أن يكون الثوب الواحد بعضه بيع عين وبعضه مسلم فيه؛ لأن الباقي سلم في أعيان. وذلك لا يجوز؛ ولأنه بيع، وسلم، واستئجار. فاللحمة غائبة. فهي مسلم فيه، والنسج استئجار، واقتصر على ذلك في المستوعب، والحاويين، والفروع، وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى. وقال، وقيل: يصح بيعه إلى المشتري، إن صح جمع بين بيع وإجارة منه بعقد واحد؛ لأنه بيع وسلم، أو شرط فيه نفع البائع. انتهى».

وانظر الفروع (٤/ ٢٤)، كشاف القناع (٣/ ١٦٥).

وانظر في مذهب المالكية: المدونة (٣/ ٦٨)، الخرشي (٥/ ٢٢٣، ٢٢٤)، وفي حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٧): «استصناع السيف والسرج سلم... كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفًا، أو سرجًا، صفته كذا بدينار، فلا بد من تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وألا يعين العامل، ولا المعمول منه». اهـ

وذكر ابن رشد في المقدمات (٢/ ٣٢): أن السلم في الصناعات: ينقسم في مذهب ابن القاسم أربعة أقسام:

(أحدها): ألا يشترط عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه، فهو سلم، لا يجوز إلا بوصف العمل، وضرب الأجل، وتقديم رأس المال. =

أما الحنفية فهم يعتبرونه عقدًا مستقلًا متميزًا بأحكامه كما يتميز الصرف والسلم، فكما أن الصرف والسلم نوعان من البيوع، وهما عقدان مستقلان، ولهما أحكام خاصة، لا تجري في البيع المطلق العادي، فكذلك الاستصناع(١).

وثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف بين قول الحنفية وبين قول الجمهور من وجوه:

الأول: أن الجمهور يشترطون تقدم الثمن؛ لأن من شرط صحة السلم أن يقدم الثمن، بينما الحنفية لا يرون هذا الشرط لازمًا في عقد الاستصناع، باعتبار أنه ليس من بيوع السلم، وإنما هو عقد خاص جرى على خلاف القياس استحسانًا، وسيأتي مزيد بحث لهذه المسألة إن شاء الله تعالى.

الثاني: التأجيل شرط في صحة عقد السلم عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وأما في عقد الاستصناع فيرى الحنفية أن اشتراط الأجل فيه ليس بشرط، وسيأتي الكلام عن ذلك إن شاء الله في فصل مستقل.

= **وأما الوجه الثاني:** أن يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه، فليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع.

وأما الوجه الثالث: ألا يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه، فهو أيضًا من باب البيع والإجارة.

وأما الوجه الرابع: أن يشترط عمله، ولا يعين ما يعمل منه، فلا يجوز على حال؛ لأنه يجتذبه أصلان متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضمونًا، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه. اهـ بتصرف يسير.

ويبدو أن ابن القاسم يوافق الحنفية في عقد الاستصناع من بعض الوجوه، ويسميه بيعًا وإجارة.

وانظر في مذهب الشافعية: الأم (٣/ ١٣١).

(١) مجلة الأحكام العدلية - المواد (٣٨٨ - ٣٩٢).

الثالث: السلم بيع دين في الذمة، وهو غالبًا ما يكون في المثليات فقط، وفي القيمي إذا كان مما يمكن ضبط صفاته، وأما في الاستصناع فإنه بيع عين في الذمة، ويكون في المثلي، وغير المثلي.

الرابع: العقد في السلم عقد لازم، إذا توفرت شروطه، والعقد في الاستصناع عقد غير لازم قبل إتمام العمل، وإذا تم العمل كان عقدًا غير لازم في حق المستصنع، ولازمًا في حق الصانع إذا رآه المستصنع بحسب رأي أبي حنيفة؛ لأن المشتري اشترى ما لم يره، فكان له الخيار.

وقيل إذا تم العمل يكون عقدًا لازمًا حتى في حق المستصنع بشرط أن يكون مطابقًا للمواصفات، وهذا رأي أبي يوسف.

وقد اختارت مجلة الأحكام العدلية أن عقد الاستصناع عقد لازم من العقد. وسيأتي بيانه في مبحث مستقل إن شاء الله تعالى.

الخامس: السلم عقد بالاتفاق، والاستصناع جرى فيه خلاف، هل هو عقد أو وعد كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في مبحث مستقل.

السادس: السلم عقد بيع، وأما الاستصناع فجرى فيه خلاف، هل هو بيع أو إجارة؟ وسيأتي تحرير الخلاف فيه إن شاء الله تعالى.

ويتفق السلم والاستصناع فيما يأتي:

أولًا: يتفق السلم والاستصناع بأن كلا منهما عقد على موصوف في الذمة.

ثانيًا: لا بد من ضبط كل واحد منهما جنسًا ونوعًا وصفةً وقدرًا، ضبطًا يمنع الجهالة المفضية إلى التنازع.

ثالثًا: ألا يكون الثمن والمثمن في السلم والاستصناع مما يجري فيه ربا النسيئة؛ وذلك لأن التأجيل من طبيعة العقدين.

رابعًا: ذكر مكان الوفاء إن كان محل العقد لا يصلح للتسليم، وكذا إن كان لحمله مؤونة، فلا بد من تحديد مكان الوفاء منعًا للنزاع.



المبحث الثاني
الاستصناع بين العقد والوعد

[م-٧٥٣] سبق لنا تعريف العقد في المجلد الأول من هذه المنظومة، وبينا أن العقد بمعناه الخاص يطلق ويراد به معنى الربط، أي ربط الإيجاب بالقبول على سبيل الإلزام كالبيع والإجارة، وهذا هو الغالب عند الإطلاق.

وأما الوعد، فهو معروف، يقال: وعدت الرجل أعده وعدًا حسنًا من مال وغيره(١).

والفرق بينهما: أن العقد لازم، والوعد على الصحيح غير لازم.

إذا علم ذلك نأتي إلى مسألتنا:

فالراجح عند الحنفية أن الاستصناع عقد، وليس مجرد وعد غير لازم.

جاء في تحفة الفقهاء: «الاستصناع عقد على مبيع في الذمة...»(٢).

وقد فرق الكاساني بين السلم والاستصناع، بأن كلًا منهما عقد على مبيع في الذمة، إلا أن الاستصناع يشترط فيه العمل(٣).

فنص على أنه عقد، وليس مجرد وعد.

وذهب الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور من الحنفية إلى أنه مجرد وعد من شخص لآخر، وهو رأي مرجوح.

---

(١) انظر جمهرة اللغة (٢/ ٦٦٨) حرف (و - ع - د).
(٢) تحفة الفقهاء (٢/ ٣٦٢).
(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢).

قال في تبيين الحقائق:

«الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعًا، وقال الحاكم الشهيد: إنه وعد، وليس ببيع..»[١].

وقال الكاساني: «ثم هو بيع - يعني الاستصناع - عند عامة مشايخنا، وقال بعضهم: هو عدة، وليس بسديد...»[٢].

❑ دليل من قال: إنه عقد:

الدليل الأول:

أثبت فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع خيار الرؤية، والخيار إنما يختص بالعقد.

قال محمد بن الحسن كما في فتح القدير: «إذا رآه المستصنع فهو بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره..»[٣].

فأثبت الخيار، وسماه شراء، فدل على أنه عقد، وليس وعدًا.

الدليل الثاني:

قال ابن الهمام: «الصانع يملك الدراهم بقبضها، ولو كانت مواعيد لم يقبضها»[٤].

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ١٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٩)، وانظر المبسوط (١٢/ ١٣٩)، شرح فتح القدير (٧/ ١١٥)، البحر الرائق (٦/ ١٨٥).

(٣) فتح القدير (٧/ ١١٥)، وانظر تبيين الحقائق (٤/ ١٢٤)، فتاوى السغدي (٢/ ٥٧٧)، البحر الرائق (٦/ ١٨٦).

(٤) فتح القدير (٧/ ١١٥).

الدليل الثالث:

استدل الحنفية على أنه عقد عندهم بأن محمدًا ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة[١].

الدليل الرابع:

أن الاستصناع يجري فيه التقاضي، والتقاضي إنما يجري في الواجب، لا الموعود[٢].

الدليل الخامس:

أن شرط جواز الاستصناع أن يكون مما جرى فيه التعامل بين الناس؛ لأن ثبوته على خلاف القياس.

وأما الوعد فيجري فيما تعامل فيه الناس، وفيما لا تعامل فيه، فدل على أن هناك فرقًا بين الاستصناع والوعد.

وقولهم: على خلاف القياس باعتبار أنه من قبيل بيع المعدوم عندهم، ومن باب بيع الدين بالدين ابتداء، وهذا الأصل فيه المنع.

وهذه الأدلة كلها أو أغلبها أدلة على أن الحنفية يرون أن الاستصناع عقد، وليست أدلة شرعية على أنه بيع، وبينهما فرق.

❏ دليل من قال: إنه وعد:

الدليل الأول:

يعتبر الحنفية الاستصناع قبل الصنع غير لازم، فلكل من الصانع والمستصنع

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٨٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢، ٢٠٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢).

الخيار في الفسخ والإمضاء، وهذا دليل على أنه وعد، وليس بعقد، إذ لو كان عقدًا لكان ملزمًا للطرفين، أو لأحدهما.

ويجاب:

كون العقد غير لازم راجع إلى طبيعة العقد عند الحنفية، فالمشتري قد اشترى ما لم يره، لذلك كان الاستصناع لا يعد عقدًا نافذًا إلى أن يتم الصانع ما طلب منه وفق المواصفات التي طلبها الصانع، فإذا جاء به الصانع إلى المستصنع سقط خيار الصانع، وبقي المستصنع على خياره، فإذا رآه وقبله، عند ذلك يلزم العقد، ولا يكون هناك خيار لواحد منهما، شأنه في ذلك شأن كل مبيع عقد عليه العاقد، وهو لم يره، فيثبت له الخيار إذا رآه، وعند الحنفية الخيار له مطلقًا حتى ولو جاء مطابقًا للمواصفات كما بيناه في خيار الرؤية(١).

الدليل الثاني:

أنه لو كان الاستصناع عقدًا لكان عقدًا على معدوم، وبيع المعدوم ممنوع.

ولكان الاستصناع بيع دين بدين، فالثمن دين في ذمة المستصنع (المشتري)، والمبيع دين في ذمة الصانع (البائع)، وهذا لا يجوز.

ويجاب:

أجاب الحنفية عن ذلك: بأن المعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا للحاجة كطهارة المستحاضة، وقد تحققت الحاجة هنا، إذ كل واحد لا يجد خفًا مصنوعًا يوافق رجله، ولا خاتمًا يوافق أصبعه، وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة، أصله بيع المنافع، وكان القياس فساده، ولكنه جوز لجريان العمل به، مثله إجارة الظئر،

---

(١) انظر تحفة الفقهاء (٢/ ٣٦٣)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢٤).

ولذلك قلنا: إنه جائز استحسانًا لا قياسًا، كما جاز بيع السلم، وهو على خلاف القياس(١).

وأما الجواب بناء على القول الراجح، فيقال: إن بيع المعدوم لما كان موصوفًا متعلقًا بالذمة ولم يكن في معين لم يمنع ذلك من بيعه، كما في عقد السلم، فإنه عقد على معدوم، ولكنه موصوف، ومتعلق بالذمة، وقد ناقشت الخلاف في بيع المعدوم، وبينت أنه لا يوجد نص في النهي عن بيعه، وإنما النص في النهي عن بيع الغرر، ومن المعدوم ما لا غرر في بيعه، لضبط أوصافه في العقد، ولوجوده عادة عند التسليم. نعم يوجد نص في النهي عن بيع بعض المعدومات، وليست العلة العدم، وإنما العلة الغرر، فإذا كان المعدوم لا غرر في بيعه، وكان قادرًا على تسليمه لم يمنع ذلك من بيعه، ومن أراد الاستزادة فليرجع إلى بحث بيع المعدوم، حيث فصلنا الخلاف هناك فأغنى عن إعادته هنا.

وأما النهي عن بيع الدين بالدين، فالحديث لا يثبت، وبيع الدين بالدين له صور كثيرة، منها الممنوع، ومنها الجائز، وهذه الصورة تلحق بالصور الجائزة وقد بحثت مسائل بيع الدين بالدين القديم منها والمعاصر، وبينت كلام أهل العلم والراجح فيها، فأغنى عن إعادته هنا.

الدليل الثالث:

لو كان الاستصناع عقدًا لما بطل بموت الصانع، والعقود في المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها.

ويجاب:

بأن الاستصناع إنما بطل بموت الصانع لشبهه بالإجارة، حيث إنه عقد مركب

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٢٤)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٠٨).

من عين، وعمل، فهو لهذا الشبه قلنا: إنه يبطل بموت الصانع، وهذا لا يمنع أن يكون عقدًا.

☐ الراجح:

بعد استعراض أدلة القولين أجد أن القول بأنه عقد أقوى دليلًا من القول بأنه مجرد وعد، وأقوى دليل للمخالفين قولهم: لو كان الاستصناع عقدًا لكان ملزمًا للطرفين؛ لأن عقد البيع من العقود الإلزامية، إلا أننا نقول: بأن القول بعدم اللزوم ليس محل اتفاق عند الحنفية، ففي مذهب الحنفية عدة أقوال:

الأول: قول بعدم اللزوم للطرفين.

والثاني: ملزم للطرفين بمجرد العقد، وهذا ما رجحته مجلة الأحكام العدلية، وقيل: إن أبا يوسف رجع إليه، واختاره مجمع الفقه الإسلامي.

والثالث: ملزم للطرفين بعد إتمام العمل، وهذا هو المشهور عن أبي يوسف.

والرابع: بعد إتمام العمل ملزم للصانع، وغير ملزم للمستصنع باعتبار أنه مشتر لما لم يره، وسيأتي ذكر حجة كل قول إن شاء الله تعالى في مبحث مستقل.



المبحث الثالث
الاستصناع عقد بيع أو إجارة

[م-٧٥٤] اختلف الحنفية في عقد الاستصناع، هل يعتبر من عقود البيع، أو من عقود الإجارة بحيث يكون المعقود عليه العمل دون العين؟ أو هو يبتدئ بالإجارة، وينتهي بالبيع؟

والذين قالوا: إنه من عقود البيع اختلفوا: هل هو بيع لما في الذمة لا يشترط فيه العمل؟ أو أن المعقود عليه هو عين شرط فيها العمل؟

القول الأول:

قالوا: هو عقد على مبيع في الذمة، والعمل ليس شرطًا فيه[١].

ودليلهم:

بأن الصانع لو أحضر عينًا كان قد عملها قبل العقد، ورضي بها المستصنع جاز ذلك، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل، لا في الماضي.

ويناقش هذا من وجوه:

الأول: أن هذا إنما جاز ليس بالعقد الأول، وإنما جاز ذلك بعقد جديد، وهو التعاطي بالتراضي.

قال الكاساني: «إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي بها المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما»[٢].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢).

الوجه الثاني:

أن المصنوع إذا كان جاهزًا، لا يقال له: عقد استصناع، وإنما هو من قبيل البيع؛ لأن الفرق بين البيع والاستصناع: أن الاستصناع يدخله العمل بخلاف البيع المطلق، ثم إن الاستصناع لو كان بيعًا مطلقًا، لما بطل بموت أحد العاقدين عند الحنفية، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

الوجه الثالث:

إذا كان الاستصناع: هو عقدًا على موصوف في الذمة، فما الفرق بينه وبين السلم، ولوجب تسليم الثمن في مجلس العقد، فلما لم يجب تسليم الثمن، علم أنه يفارق السلم في الأحكام.

القول الثاني:

قالوا: إن المعقود عليه هو العمل (الإجارة) والعين فيه تبع(١).

واستدلوا: بعدة أدلة منها:

الدليل الأول:

الاستصناع: اشتقاق من الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه، والمادة فيه بمنزلة الآلة للعمل.

الدليل الثاني:

بعض الأجراء العاملين (الأجير المشترك) أصحاب المهن تقتضي طبيعة عمله أن يضع من عنده المادة التي يستلزمها عمله المستأجر عليه كالصباغ، فإنه يدفع

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٨٦).

إليه الثوب، أو الغزل ليصبغه باللون المطلوب بصبغ يضعه من عنده، ولا يقدمه له صاحب الثوب، كما يفعل الصانع في الاستصناع، ولم يخرجه هذا عن أن يكون أجيرًا، وعقد عمله إجارة[١].

وأجيب على هذا:

بأن هناك فرقًا بين الإجارة، وعقد الاستصناع، من وجهين:

الوجه الأول:

يشترط في عقد الاستصناع: أن تكون العين والعمل من الصانع، وفي الإجارة تكون العين من المستصنع.

يقول في الفتاوى الهندية: «أن تكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كانت العين من المستصنع، لا من الصانع، فإنه يكون إجارة، لا يكون استصناعًا، كذا في المحيط»[٢].

وبهذا نعرف، لماذا إذا دفع ثوبه للصباغ، كان العقد عقد إجارة.

الوجه الثاني:

المعقود عليه في الإجارة هو العمل، أما في الاستصناع: فالمعقود عليه، هو عين موصوفة في الذمة.

---

(١) انظر عقد الاستصناع، ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، الزرقاء، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع (٢/ ٢٣٤).

(٢) الفتاوى الهندية (٤/ ٥١٧)، وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١١٥): «إذا قاول شخص خياطًا على صنع جبة، وقماشها، وكل لوازمها من الخياط فيكون قد استصنعه تلك الجبة، وذلك هو الذي يدعى بالاستصناع. أما لو كان القماش من المستصنع، وقاوله على صنعها فقط، فيكون قد استأجره، والعقد حينئذ عقد إجارة لا عقد استصناع».

الدليل الثالث:

لو كان عقد الاستصناع من عقود البيع، لما بطل العقد بموت الصانع، كما هو مجمع عليه عند الحنفية.

وأجيب:

بأن الاستصناع لما كان فيه شبه بالإجارة، من حيث إن فيه طلب الاستصناع، وهو العمل، وفيه شبه بالبيع، من حيث إن المقصود فيه العين المستصنعة، فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحد المتعاقدين، ولشبهه بالبيع أثبتنا فيه خيار الرؤية، وأجرينا فيه القياس، والاستحسان، وهذان الشبهان هما اللذان أوجبا أن يفرد الاستصناع بمسمى خاص، ويكون عقدًا مستقلًا له أحكامه الخاصة، ولا يلحق بالبيع المطلق، ولا بالصرف، ولا بالسلم، ولا بالإجارة، والله أعلم.

القول الثالث:

قالوا: إن عقد الاستصناع هو إجارة ابتداء، وبيع انتهاء، لكن قبل التسليم، لا عند التسليم، بدليل قولهم: إذا مات الصانع يبطل، ولا يستوفى المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع[١].

ويجاب:

بأن العقد كونه مركبًا من عين وعمل، لا يعني ذلك أن نجعله تارة إجارة، وتارة بيعًا، وأن العقد بدأ في إجارة، وانتهى في بيع، بل نجعله عقدًا مستقلًا، وهذا ما حملنا على إفراده في باب مستقل، كما استقل الصرف والسلم بأحكام

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٨٦).

خاصة، وأطلقنا عليه مسمى خاصًا، وهو عقد الاستصناع، فتداخل العمل مع العين صيرهما شيئًا واحدًا، وهو بيع عين موصوفة في الذمة يشترط لها العمل، والله أعلم.

القول الرابع:

قالوا: المعقود عليه هو العين دون العمل، وإنما العمل شرط فيه. وهذا هو المذهب عند الحنفية[(١)].

وقولنا (عين) ليس معناه أنه معين، وإنما هي عين موصوفة في الذمة.

يقول ابن عابدين: «قوله: والمبيع: هو العين لا عمله، أي أنه بيع عين موصوفة في الذمة، لا بيع عمل، أي لا إجارة على العمل..»[(٢)].

فقوله: عين موصوفة في الذمة، يبين أن المراد بالعين: ليس ما يقابل الدين، وإنما المراد بالعين ما يقابل العمل، وأن المقصود بالعين ليس هي مواد الخام، وإنما عين سوف تتشكل بعد الاستصناع، والله أعلم.

هذا هو عقد الاستصناع، والذي تميز به عن عقد البيع، وعن عقد السلم، وعن عقد الإجارة، وأصبح له صورة مستقلة عن سائر هذه العقود:

فحين يكون المصنوع جاهزًا، ويأتي به الصانع، فيبيعه، فهذا بيع مطلق، أو يكون المصنوع جاهزًا، ولكنه غائب عن مجلس العقد، فهذا من بيع العين الغائبة، وليس من الاستصناع في شيء.

وكذلك لو صيغ العقد على أساس الإجارة، كما لو جاء شخص بالمواد

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢)، المبسوط (١٥/ ٨٤)، فتح القدير (٧/ ١١٥)، البحر الرائق (٦/ ١٨٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٥).

الخام، واستأجر الصانع ليصنع له منها شيئًا، فهذه إجارة، وليست من الاستصناع في شيء.

وكذلك لو طلب شخص من آخر ثمرًا أو حبوبًا موصوفة في الذمة، فهذا من قبيل السلم، يجب فيه تقديم الثمن، وسائر شروط السلم.

فالاستصناع: هو أن يطلب شخص من آخر عينًا ليست موجودة، وسيعمل البائع على صنعها، وجميع مواد الخام من الصانع، فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعًا مطلقًا محضًا، ولا إجارة محضة، ولا سلمًا، وإنما هو عقد مستقل، له شروطه الخاصة.

فالعقد: يقوم على تحويل مواد خام عن طريق العمل، وتحويلها إلى عين، تلك العين بعد الاستصناع هي المعقود عليها، وليس المواد الخام، والعمل في العين ليس معقودًا عليه، وإنما هو شرط في البيع، فما لم يشترط فيها العمل لا يكون استصناعًا، فكان مأخذ الاسم دليلًا عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلمًا، وهذا العقد يسمى استصناعًا، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل[(١)].

وقد أشكل على بعض الباحثين كون الحنفية تساءلوا في عقد الاستصناع: هل المعقود عليه العين، أم العمل؟ وقد رجحوا أن المعقود عليه: هو العين، وليس العمل، ووجه الإشكال: إذا كان المستصنع معدومًا، فهو ليس عينًا؛ لأن العين: هو المعين، وهو ما يمكن الإشارة إليه، ويكون له ذات، وحيز من الفراغ، كهذا الكرسي، والبيت، والحصان، بينما العين المستصنعة تعلقها

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢).

بالذمة؛ لكونها ليست موجودة، ولم يتعلق الحق بشيء بعينه، وما كان متعلقًا بالذمة فهو دين، وليس عينًا.

ولذلك لو استصنع النجار الشكل المطلوب، وباعه على آخر لم يمنع ذلك مانع؛ لأن حق المستصنع متعلق بذمة الصانع، وليس في عين المصنوع.

جاء في العناية: «لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز...»(١).

وقال السرخسي: «وإن باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع، فبيعه جائز؛ لأنه باع ملك نفسه، فالعقد لا يتعين في هذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع...»(٢).

والحق أن هذا الإشكال قائم إلا إذا فهمنا مراد الحنفية بالعين في عقد الاستصناع، فقد يزول الإشكال.

قال السرخسي: «والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه - يعني العين- وذكر الصنعة (العمل) لبيان الوصف...»(٣).

وجاء في فتح القدير: «المعقود عليه العين دون العمل»(٤).

فالمراد: بالعين عندهم باعتبار ما سيكون، والذي حملهم على هذا: أن كلًا من العمل والعين متعلقان بالذمة، فحتى يبينوا أن المعقود عليه هو العين بعد الاستصناع، وأن العقد عقد بيع، وليس المعقود عليه هو العمل، فيكون العقد عقد إجارة أطلقوا كلمة (عين) على أمر متعلق بالذمة، وهو اصطلاح خاص.

---

(١) العناية (٧/ ١١٦).
(٢) المبسوط (١٥/ ٩٠).
(٣) المبسوط (١٢/ ١٣٩).
(٤) فتح القدير (٧/ ١١٥).

ولذلك يقول ابن عابدين عن عقد الاستصناع: «بيع عين موصوفة في الذمة، لا بيع عمل، أي لا إجارة على العمل...»[١].

فقوله: عين موصوفة في الذمة، هذا يفصح عن الموضوع، وأن المراد بالعين: ليس ما يقابل الدين، وإنما المراد بالعين ما يقابل العمل (المنفعة)، وأن المقصود بالعين ليس هي مواد الخام، وإنما عين سوف تتشكل بعد الاستصناع، والله أعلم.

وهذا ما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي، حيث جاء فيه:

«عقد الاستصناع عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان، والشروط... الخ»[٢].

فلو كان المقصود بالعين: المعين لم يكن قوله (في الذمة) مناسبًا؛ لأن ما كان في الذمة لا يكون إلا دينًا، والدين يكون في مقابل العين، والله أعلم.



---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/ ٢/ ٧٧٥).

(٢) انظر قرار المجمع رقم ٦٧/ ٣/ ٧ .

المبحث الرابع
الاستصناع عقد لازم أو جائز

[م-٧٥٥] يعتبر عقد الاستصناع قبل الصنع عقدًا غير لازم في مذهب الحنفية، فالصانع والمستصنع لهما حق الرجوع.

وأما بعد إتمام العمل، ورؤية المشتري له: فذهب أبو حنيفة إلى أنه يسقط خيار الصانع، ويبقى الخيار للمستصنع باعتبار أنه مشتر لما لم يره.

وذهب أبو يوسف إلى أنه إذا أتم الصانع صنع الشيء، وأحضره للمستصنع موافقًا للمواصفات، فليس لأحد منهما خيار، بل يلزم الصانع بتسليمه، ويلزم المستصنع بقبوله.

وعلل ذلك أبو يوسف: أن الصانع لما أتى به موافقًا تعين حق المستصنع فيه بعينه، بعد أن كان حقه متعلقًا بذمة الصانع، فلم يبق له خيار.

وقيل: إن الاستصناع إذا انعقد صحيحًا كان لازمًا منذ انعقاده، وهذا ما اختارته مجلة الأحكام العدلية.

جاء في المادة (٣٩٢): «إذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، كان المستصنع مخيرًا»(١).

وكنت أرى أن هذا القول ليس له مستند من مذهب الحنفية بناء على ما نقله الكاساني، وابن عابدين من مذهب أبي يوسف، ونص عليه فضيلة الشيخ

---

(١) في مذكرة إيضاحية مرفقة، تقول المجلة: إنها قد وضعت المواد التي تكلمت في عقد الاستصناع على أساس قول أبي يوسف.

مصطفى الزرقاء ﷺ حتى أوقفت على كلام لبرهان الدين ابن مازة ذكره في كتابه المحيط البرهاني، وفيه ما يدل على أن أبا يوسف قد رجع عن قوله إلى القول باللزوم من انعقاد العقد، وهذا نصه:

«قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة» ثم ذكر الروايات، وقال: «ثم رجع أبو يوسف عن هذا، وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول.

وجه ما روي عن أبي يوسف، أنه يجبر كل واحد منهما:

أما الصانع فلأنه ضمن العمل، فيجبر عليه، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره منه أصلًا، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن، فيجبر على القبول دفعًا للضرر عن البائع...»(١).

وبهذا نعرف خطأ ابن عابدين ﷺ حين يقول: «ولكل منهما الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق»(٢).

وعليه أيضًا يمكننا أن نقول: إن مجلة الأحكام العدلية قد أخذت بهذه الرواية عن أبي يوسف، وهي تخالف ما ذكره ابن عابدين في رأي أبي يوسف، والله أعلم.

وبهذه الأجوبة عن المسائل الأربع نكون قد انتهينا - ولله الحمد والمنة - من توصيف عقد الاستصناع، واتضح لنا، هل هو عقد، أو وعد، وهل هو عقد لازم، أو غير لازم، وهل هو بيع أو إجارة، وما الفرق بينه وبين عقد السلم، وننتقل في المبحث التالي للحديث عن حكم عقد الاستصناع.

---

(١) المحيط البرهاني (٧/ ٣٠٠)، وانظر بدائع الصنائع (٥/ ٤)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/ ٢/ ٧٤١).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٤).

الفصل الثاني
خلاف الفقهاء في عقد الاستصناع

[م-٧٥٦] اختلف العلماء في عقد الاستصناع.

فذهب جمهور الحنفية إلى القول بجوازه، ولم يخالف في ذلك إلا زفر(١).

وقيل: لا يجوز إلا بشروط السلم، وهذا مذهب الجمهور(٢)، وهذا ذهاب منهم إلى عدم الجواز بالصيغة التي يجيزها الحنفية.

---

(١) فتح القدير (٧/ ١١٤)، البحر الرائق (٦/ ١٨٥)، مجمع الأنهر (٢/ ١٠٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢٣).

(٢) خصص المالكية جزءًا من كتاب السلم، للسلم في المصنوعات، وضربوا أمثلة لما كان يصنع في عصرهم، كالسيف، والسرج، وأجازوه بشرط السلم، وهو تقديم الثمن، وذكر الأجل، وكون الأجل معلومًا، ولا يعين العامل، ولا المعمول منه.

قال الحطاب في مواهب الجليل (٤/ ٥٣٩، ٥٤٠): «قال في المدونة: من استصنع طستًا، أو قلنسوة، أو خفًا أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة فإن كان مضمونًا إلى مثل أجل السلم، ولم يشترط عمل رجل بعينه، ولا شيئًا بعينه يعمله منه جاز ذلك إذا قدم رأس المال مكانه، أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلًا بعيدًا لم يجز، وصار دينًا بدين...».

وأما الشافعية فمذهبهم قريب من مذهب المالكية، فأدرجوا الاستصناع في السلم، وأجازوا السلم في المصنوع فيما يأتي:

فأجازوا السلم في المصنوع في قوالب واحدة، لا تختلف وحداتها دون المصنوع في اليد.

قال النووي في الروضة (٤/ ٢٨): «لا يجوز السلم في الحِبَاب والكيزان والطسوت والقماقم والطناجير والمنائر والبرام المعمولة لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب لعدم اختلافه، وفي الأسطال المربعة».

كما أجاز الشافعية السلم فيما صنع من جنس واحد فقط، كالحديد أو النحاس، ولم يجيزوه فيما يجمع أجناسًا مقصودة لا تتميز، كالطست يكون من الحديد والنحاس. =

ويمكن لي بإيجاز أن أبين أن الجمهور لا يوافقون الحنفية بالقول بعقد الاستصناع ليس من جهة الاسم، وإنما من جهة المعنى، فمثلًا:

يجيز الحنفية أن يكون الثمن مؤجلًا كله أو بعضه في عقد الاستصناع، وبالتالي يكون العقد: بيع دين بدين، وفي السلم يشترط الجميع بما فيهم الحنفية تقديم الثمن، وهذا فرق جوهري جدًا.

العقد في السلم عقد لازم، إذا توفرت شروطه، والعقد في الاستصناع عقد غير لازم قبل إتمام العمل، وإذا تم العمل كان عقدًا غير لازم في حق المستصنع، ولازمًا في حق الصانع بحسب رأي أبي حنيفة، لأن المشتري اشترى ما لم يره، فكان له الخيار.

= وأما ما يجمع أجناسًا مقصودة متميزة كالقطن والصوف فهو موضع خلاف بينهم، والراجح عندهم الجواز بشرط علم العاقدين بقدر كل واحد منهما.

جاء في فتح الوهاب (٣/ ٢٤٢): «ويصح السلم فيما صب منها أي المذكورات أي من أصلها المذاب في قالب، ويصح في أسطال مربعة أو مدورة...».

قال في المهذب (١/ ٢٩٨): «واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز - يعني السلم فيه - لأنهما جنسان مقصودان، لا يتميز أحدهما عن الآخر، فأشبه الغالية.

ومنهم من قال: يجوز؛ لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما».

انظر: أسنى المطالب (٢/ ١٣٠، ١٣١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣١٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٠٣).

ومذهب الحنابلة فيه وجهان:

أحدهما: قريب من مذهب الشافعية، قال في الإنصاف (٥/ ٩١): «ولا يصح يعني: السلم فيما يجمع أخلاطًا غير متميزة، كالغالية، والند، والمعاجين ونحوها بلا نزاع أعلمه...» وانظر المغني (٤/ ١٨٥، ١٨٦).

الوجه الثاني: لا يرون السلم في الاستصناع، جاء في الإنصاف (٤/ ٣٠٠): «ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، واقتصر عليه في الفروع».

وقيل: إذا تم العمل يكون عقدًا لازمًا حتى في حق المستصنع بشرط أن يكون مطابقًا للمواصفات، وهذا القول القديم من قولي أبي يوسف.

وقيل: الاستصناع عقد لازم من العقد، وهو ما رجع إليه أبو يوسف، واختارته مجلة الأحكام العدلية، وبناء عليه لا يكون بينه وبين السلم فرق في هذه الجزئية، وهذا ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وسيأتي نص قراره إن شاء الله في نهاية البحث.

الاستصناع لا يكون في الثمار والبقول والفواكه واللحوم وسائر الحبوب. فلا يجري الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة، بينما يدخل السلم في المنتوجات الزراعية مما سبق ذكره، ويدخل السلم في المصنوعات مما ينضبط بالصفة.

إلا أن المنتوجات الطبيعية اليوم أصبح بعضها يحفظ معلبًا، وبعضها يحفظ مجمدًا، وتغلف إما في علب أو أكياس بلاستيكية، فربما يقول قائل: إنها إذا دخلتها الصنعة جاز أن تدخل في عقد الاستصناع، والله أعلم.

❏ دليل الحنفية على جواز عقد الاستصناع:

الدليل الأول:

(ح-٥٤١) ما رواه البخاري من طريق جويرية، عن نافع أن عبد الله حدثه، **أن النبي ﷺ اصطنع خاتمًا من ذهب، فجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه...** الحديث[١].

وجه الاستدلال:

قال ابن الأثير: «اصطنع رسول الله ﷺ خاتمًا من ذهب، أي أمر أن يصنع

(١) صحيح البخاري (٥٨٧٦)، ومسلم (٢٠٩١).

له، كما تقول: اكتتب، أي أمر أن يكتب له...»[١].

وله شاهد من حديث أنس عند البخاري، بلفظ: (أنه رأى في يد رسول الله ﷺ خاتمًا من ورق يومًا، ثم إن الناس اصطنعوا الخواتيم من ورق فلبسوها)[٢].

ويناقش:

هذا الدليل يتطرق إليه احتمال، وهو أن يكون الرسول ﷺ قد دفع ثمنه مقدمًا، فيكون سلمًا، والسلم جائز عند الجميع، والاحتمال إذا ورد على الدليل لم يكن حجة، خاصة أن من هديه ﷺ النهي عن بيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين قد نقل الإجماع على منعه كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ويجاب:

بأن تقديم الثمن لو كان شرطًا لصحة العقد لبينه النبي ﷺ، ولو دفع النبي ﷺ ثمن الخاتم مقدمًا لنقل ذلك إلينا باعتبار أن حفظ ذلك من حفظ الشريعة، والتي تعهد الله بحفظها، فلما لم ينقل علم أنه ليس بشرط.

الدليل الثاني:

(ح-٥٤٢) ما رواه البخاري من طريق أبي حازم بن دينار، أن رجالًا أتوا سهل بن سعد الساعدي، وقد امتروا في المنبر، مم عوده؟ فسألوه عن ذلك، فقال: والله إني لأعرف مما هو، ولقد رأيته أول يوم وضع، وأول يوم جلس عليه رسول الله ﷺ. أرسل رسول الله ﷺ إلى فلانة امرأة قد سماها سهل: مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوادًا أجلس عليهن إذا كلمت الناس، فأمرته،

---

(١) النهاية في غريب الأثر (٣/ ٥٦).

(٢) البخاري (٥٨٦٨).

فعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله ﷺ، فأمر بها فوضعت هاهنا... الحديث[١].

الدليل الثالث:

استدل الحنفية بالإجماع العملي على جوازه، وعندي أن هذا الدليل من أقوى الأدلة على الجواز، فإن المسلمين اليوم حتى أولئك الذين يصرحون بعدم جواز عقد الاستصناع هم يمارسونه عمليًا في حياتهم، فيذهب الواحد منهم إلى الخياط، ويقاوله على خياطة ثوب، ويكون الثوب والعمل من لدن الخياط، ويذهب الرجل اليوم، فيقاول على أرضه ليبني له بيتًا، على أن المواد من المقاول، وهو ما يسمى في عصرنا اليوم بتسليم المفتاح، ويذهب الرجل إلى أصحاب المجالس والستائر، فيقاوله على أن يصنع له مجلسًا أو أكثر، وتكون المواد من المحل نفسه، ويذهب إلى الحذاء، ليصنع له حذاء، وهكذا تجد المعاملة منتشرة على مستوى الدول، والشركات والأفراد يمارس عقد الاستصناع يوميًا من غير نكير.

قال الكاساني: «ويجوز - يعني الاستصناع - استحسانًا لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير...»[٢].

وقال ابن نجيم: «دليله - يعني على جواز الاستصناع - وهو الإجماع العملي»[٣].

وقال الزيلعي: «وأما الاستصناع فللإجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا، وهذا من أقوى الحجج»[٤].

---

(١) البخاري (٢٠٩٤).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢).
(٣) البحر الرائق (٦/ ١٨٥).
(٤) تبيين الحقائق (٤/ ١٢٣).

وكذا نقل الإجماع العملي على جوازه السرخسي في المبسوط[١].

قال الزرقاء: «وقد أشرنا سابقًا إلى أن الحنفية يدعون الإجماع على جوازه للحاجة، ودعوى الحاجة مستفيضة في كتب المذهب الأساسية: المبسوط للسرخسي، والبدائع للكاساني، والهداية للمرغياني، وسواها، وقد تبدو هذه الدعوى غريبة، فأي إجماع مع أن مذاهب عديدة منها: الشافعي، والحنبلي لا تجيزه إلا بشروط السلم كاملة؟

ولكن الإجماع الذي يستند إليه الحنفية صحيح، ولا تتنافى مع هذا الخلاف بين المذاهب في جواز الاستصناع، فإن الإجماع الذي يدعيه الحنفية هو الإجماع العملي، فهم يقولون: إن العمل بالاستصناع فيما يحتاج إليه متعارف، ومستمر من عصر الرسول ﷺ دون نكير»[٢].

الدليل الثالث:

قال الكاساني: «الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعًا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز؛ لوقع الناس في الحرج»[٣].

الدليل الرابع:

عقد الاستصناع فيه معنى عقدين جائزين، وهما السلم والإجارة، وذلك أن

(١) المبسوط (١٢/ ١٣٨).
(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/ ٢/ ٢٣٩).
(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣).

السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزًا[١].

❑ **دليل من قال: بالمنع:**

الدليل الأول:

عقد الاستصناع يشتمل على تأجيل البدلين: المبيع والثمن، وهذا يعني: أنه بيع دين بدين ابتداء، وهذا مجمع على منعه.

قال ابن قدامة في المغني «قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز، وقال أحمد: إنما هو إجماع...»[٢].

فلو كان عقد الاستصناع صحيحًا لكان اشتراط تعجيل الثمن في السلم ليس بلازم، وهو مجمع عليه والشريعة لا يمكن أن تفرق بين متماثلين، ولا تجمع بين متفرقين، والنظير يجب أن يأخذ حكم النظير، والاستصناع فيه شبه جدًا بالسلم، اللهم إلا أن السلم غالبًا في المطعومات، وهذا في المصنوعات، وهو ليس بالفارق الجوهري الذي يختلف معه الحكم.

ويناقش:

إذا كان الاعتراض على عقد الاستصناع إنما هو لعدم تقديم الثمن؛ لأنه بيع دين بدين، فالجواب على هذا من وجهين:

الوجه الأول:

أن عقد الاستصناع مركب من عقدين: بيع وإجارة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المغني (٤/ ٥١).

والإجارة إذا كانت في الذمة لا يجب تسليم أجرة العامل حتى يتم تسلمه على الصحيح، ولم يمنع ذلك من صحة العقد، وعقد الاستصناع فيه شبه بالإجارة حيث يتضمن العقد عمل الصانع مضافًا إليه العين المصنوعة، ولهذا جاز فيه الدين بالدين، وبه يفارق عقد الاستصناع عقد السلم، والله أعلم(١).

الوجه الثاني:

أن تأجيل الثمن اليوم قد يعد ضرورة؛ لحماية الأموال، فعقد الاستصناع لم يعد يتعلق بسيف يصنعه الحداد، أو سرج، أو باب يصنعه النجار، وإنما يتعلق اليوم بمصانع ضخمة مبالغها تتجاوز الملايين إن لم نقل البلايين من الدولارات، كما في صناعة الطائرات، والسفن الفضائية، والبحرية، والقطارات، والمطارات، والأبراج السكنية، وصناعة السلاح المتقدم، ومولدات الطاقة، ومصانع التكرير ونحوها، وهذه المصانع والمعدات لا يمكن أن يوقف على صلاحيتها إلا بعد إنتاجها، وهل كانت على وفق الشروط، أو مخالفة لما هو مطلوب، فكيف يجبر المستصنع على دفع الثمن كاملًا، مع احتمال أن يكون المنتج ليس مطابقًا للمواصفات، وقد يتعرض المنتج للغش والتزوير، وقد تكون الشركات وهمية، فإذا دفع المبلغ كاملًا ذهب المال هدرًا، وهذه المبالغ إن دفعت مقدمًا قد تؤذي ليس بنكًا واحدًا، وإنما عدة بنوك، وقد تتسبب في خسارات جسيمة، إن لم تكن سببًا في الإفلاس، وقد يخضع الأمر إلى المرافعات الشرعية والمحاكمات التي تأخذ وقتًا طويلًا، تعطل فيها

---

(١) المبدع (٥/ ١١٦)، وجاء في المغني (٥/ ٢٥٧): «قال ابن أبي موسى: من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل...».

وقال في الكافي (٢/ ٣١١): «وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة استحق استيفاء الأجرة عند انقضاء العمل؛ لقول النبي ﷺ: **أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**».

المصالح، وتهدر فيها الأوقات، وتنفق عليها الأموال، مع ما فيها من حرج ومشقة، فإذا علم المستصنع أن ثمن صناعته يتوقف على التزامه بالعقد، ومدى مطابقته للمواصفات، والتزامه بتنفيذ العقد في حينه، كان أحرص من المستصنع على إتقان صنعته، ولهذا كان من المصلحة عدم تسليم كامل الثمن للمستصنع، ويستطيع المستصنع أن يطلب تعهدًا بنكيًا يحفظ حقه من الضياع، بعد الفراغ من الاستصناع، والله أعلم.

الدليل الثاني:

(ح-٥٤٣) ما رواه أحمد من طريق أبي بشر، عن يوسف بن ماهك، عن حكيم بن حزام، قال: قلت يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق؟ فقال: **لا تبع ما ليس عندك**.

[المحفوظ في إسناده أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يستوفى](١).

وجه الاستدلال:

أن الرجل في عقد الاستصناع يبيع شيئًا لم يصنع بعد، وقد تكون مواده الخام ليست عند البائع، فيذهب، ويبحث عنها، وقد يجدها في السوق، وقد لا يجدها، وكل هذا يدل على أن عقد الاستصناع ينطبق عليه أنه بيع ما ليس عند الإنسان، وهو منهي عنه.

ويناقش:

بأن الممنوع في بيع ما ليس عند الإنسان، هو بيع الأعيان التي ليست للبائع، وأما بيع شيء موصوف في الذمة، فلا حرج في ذلك، ولذلك جاز بيع السلم،

---

(١) سبق تخريجه، انظر (ح٢٣١).

وهو ينطبق عليه أنه بيع ما ليس عند الإنسان، بل ربما لم يخلق بعد، وقد سبق لنا كلام أهل العلم في حديث حكيم، ونقلنا الخلاف في معناه، ورجحنا كلام الشافعي رحمه الله، وأن المقصود منه النهي عن بيع شيء معين، والله أعلم.

الدليل الثالث:

أن عقد الاستصناع يدخل في بيع المعدوم، وهو منهي عنه للغرر في حصوله، والنهي عن بيع الغرر ثابت في السنة من حديث أبي هريرة.

قال النووي: «وأما النهي عن بيع الغرر، فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع... ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة، كبيع الآبق والمعدوم والمجهول...»[(١)].

وإذا كان بيع الموجود غير المملوك لا يجوز، فمن باب أولى لا يجوز بيع المعدوم؛ لأنه غير مملوك حتمًا.

ويناقش:

بأننا نسلم أن المعدوم الذي فيه غرر لا يجوز بيعه، ولكن ليس كل معدوم يخفى علينا عاقبته، لأن من المعدوم ما لا غرر في بيعه، ولا تخفى علينا عاقبته، كما في بيع الأشياء المعدومة وقت العقد، ولكنها متحققة الوجود في المستقبل بحسب العادة، كما في السلم والاستصناع، وبيع الأشياء المتلاحقة الوجود[(٢)].

وأما قياسكم بيع المعدوم على بيع الموجود غير المملوك فقياس مع الفارق، فإن في بيع غير المملوك تعديًا على صاحبه المالك، ومن شروط

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ١٥٦)، وانظر شرح سنن ابن ماجه للسيوطي (١/ ١٥٨) ناسبًا الكلام نفسه للطيبي، وتحفة الأحوذي (٤/ ٣٥٥).

(٢) انظر كتاب الغرر وأثره في العقود - الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير (ص٣٥٥).

البيع أن يكون صادرًا من مالك أو من يقوم مقامه، فهناك فرق كبير بين بيع ما لا يملكه الإنسان، ولا هو قادر على تسليمه، وبين بيع معدوم موصوف في ذمته، قادر في العادة على تسليمه في وقته، فالمعدوم إذا كان غير مقدور على تسليمه لم يجز بيعه كذلك، وأما إذا كان قادرًا على تسليمه جاز بيعه، ولا إشكال فيه.

☐ الراجح من أقوال أهل العلم:

بعد استعراض أدلة الفريقين أجد أن مذهب الحنفية هو القول الراجح، إذا أخذنا بمذهب المجلة، وهو أن عقد الاستصناع عقد لازم من العقد، يضاف إليه أن ذكر الأجل فيه لازم قطعًا للنزاع، وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي، فقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي بجواز عقد الاستصناع، وهذا نصه:

قرار رقم: ٦٧/ ٣/ ٧: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: (عقد الاستصناع).

وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظرًا لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامى، قرر:

١- إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

٢- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

(ب) أن يحدد فيه الأجل.

٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. والله أعلم.

ومن خلال عقد الاستصناع تستطيع مراكز المال في السوق الإسلامية أن تؤدي دورها في تنشيط الصناعة، والزارعة، والحرف، كما يجوز للمصارف الإسلامية، والتي تتعاقد مع عميل ما لبناء مساكن، أو إقامة مصانع، أو توريد بضائع، حسب الشروط الموجودة بين الطرفين بالضوابط الشرعية، أن تقوم بعقد استصناع مواز، وذلك بالتقاول مع مقاول آخر بنفس الشروط السابقة على تنفيذ العقد، بسعر أقل، ويكون ربحها مقدار الفرق بين العقدين، والله أعلم.



الفصل الثالث
في شروط عقد الاستصناع

الشرط الأول
ذكر الجنس والنوع والقدر

[م-٧٥٧] هذا الشرط يرجع إلى اشتراط كون المبيع معلومًا، وهو شرط في كل مبيع، وليس خاصًا في عقد الاستصناع.

جاء في درر الحكام: «يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وصفًا يمنع حدوث أي نزاع لجهالة شيء من أوصافه، وتعريفه تعريفًا يتضح به جنسه ونوعه على الوجه المطلوب، ولما كان المصنوع بيعًا... كان من اللازم العلم به تماما»(١).

وقال الكاساني: «وأما شرائط جوازه، فمنها: بيان جنس المصنوع، ونوعه، وقدره، وصفته؛ لأنه لا يصير معلومًا بدونه»(٢).



(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢٤).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣).

الشرط الثاني
أن يكون بما يجري فيه التعامل بين الناس

[م-٧٥٨] اشترط الحنفية أن يكون عقد الاستصناع في الأمور التي يجري فيها التعامل بين الناس، وهذا الشرط محل اتفاق بينهم.

وعللوا ذلك: بأن جوازه كان على خلاف القياس، وإنما ثبت جوازه بتعامل الناس فيه، فيختص حكمه بما لهم فيه تعامل، وأما ما لا تعامل لهم فيه فيبقى على وفق القياس، وهو المنع إلا بصورة السلم وشروطه، والله أعلم.

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «وأما شرائط جوازه... منها: أن يكون ما للناس فيه تعامل كالقلنسوة والخف... لأن جوازه - مع أن القياس يأباه - ثبت بتعامل الناس، فيختص بما لهم فيه تعامل، ويبقى الأمر فيها وراء ذلك موكولًا إلى القياس»(١).

وجاء في درر الحكام «يلزم أن يكون الاستصناع في الأشياء المتعامل فيها، أما التي لم يجر التعامل فيها، فالعقد فيها فاسد...»(٢).

وجاء في الهداية: «بخلاف ما لا تعامل فيه؛ لأنه استصناع فاسد، فيحمل على السلم الصحيح»(٣).

وإذا كان مرد ذلك إلى تعامل الناس، فإن تعامل الناس يختلف من عصر إلى

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٩، ٢١٠).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢٢)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٤)، البحر الرائق (٦/ ١٨٦).

(٣) الهداية (٣/ ٧٨)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٤)، وفي الموسوعة الكويتية (٣/ ٣٢٨): «أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس؛ لأن ما لا تعامل فيه يرجع فيه للقياس، فيحمل على السلم، ويأخذ أحكامه».

عصر، ومن بلد إلى آخر، وإذا كان الحنفية يمنعون الاستصناع في الثياب في عصرهم، فإنه لا يمكن أن يمنع من ذلك في عصرنا، لجريان التعامل بين الناس في عصرنا على الذهاب إلى الخياط، وتحديد القماش، ثم يقوم البائع بخياطة القماش إلى ثوب، أو إلى غيره مما يلبس، وهكذا إذا تعامل الناس فيما لم يجر فيه التعامل من قبل، أمكن أن يجري فيه عقد الاستصناع، والله أعلم، وهذا لا إشكال فيه بحسب مذهب الحنفية، والذين وضعوا هذا الشرط، وهو أن يجري الاستصناع بما جرى فيه التعامل بين الناس.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، كيف نفتح أمام الاستصناع هذا الباب الواسع في كل ما تدخله الصنعة، فإننا بهذا التوسع نكون قد خالفنا المذاهب الأربعة جميعًا: الثلاثة الذين لم يقبلوا عقد الاستصناع من الأصل إلا إذا توفرت فيه شروط السلم، وفي مقدمها: تعجيل الثمن، والحنفية الذين لم يجيزوه مستقلًا عن السلم إلا بشرط أن يجري فيما تعارف الناس على التعامل فيه؛ لأن العمل فيه من لدن الناس جعله مستثنى من الأصل، فما لم يتعارف الناس على التعامل فيه، لا يصح فيه الاستصناع، تمسكًا بالأصل، وهو عدم جواز بيع المعدوم، ومن ثم قيدوا القول بالجواز بالمتعارف؟

قال الشيخ مصطفى الزرقاء: «هذه ملاحظة واردة بالنظر الفقهي، وتحتاج إلى جواب.

ويبدو لنا في الجواب: أن تنوع الحاجات، والصناعات، واختلاف الأشكال، والأوصاف، والخصائص في أصناف النوع الواحد، إلى درجة كبيرة مما تفتقت عنه أذهان المخترعين في عصر الانفجار الصناعي هذا، قد أدى إلى أن يصبح طريق الاستصناع متعارفًا عليه في كل ما يصنع بوجه عام»[١].

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (٢/ ٢٥٤).

وعندي أن هذا الجواب لا يشفي الصدر، والجواب أن يقال: الأصل في المصانع اليوم أنها لا تقوم بصناعة شيء بناء على حاجة خاصة، أو على طلب مجموعة من الأفراد؛ لأن آلية المصانع إنما تقوم على أساس حاجة السوق إلى هذه الصناعة، فما لم تكن صناعته مربحة ومطلوبة بشكل واسع، فإن المصانع لا تتجه إلى العمل فيها؛ لأن بناء المصانع مكلف جدًا، فإذا علم أن هناك طلبًا كبيرًا على تلك الصناعة، فإن هذا يعني: أن التعامل فيها يجري بشكل واسع، ومتعارف عليه، وبهذا يتحقق شرط الجواز عند الحنفية، والله أعلم.



الشرط الثالث
في ذكر الأجل فيه

[م-٧٥٩] يذهب الجمهور إلى اشتراط الأجل في السلم، لقوله ﷺ: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)(١).

فهل يشترط الأجل في عقد الاستصناع، باعتبار أنه عقد على مبيع موصوف في الذمة، يتطلب وقتًا؛ ليتمكن الصانع من صناعته، وتجهيزه، ومن ثم تسليمه؟

فهل يحتاج إلى اشتراط أن يذكر فيه أجل معلوم، بحيث لو لم يذكر الأجل أدى ذلك إلى الجهالة المفسدة للعقد، لعدم العلم بوقت التسليم، أو لا يشترط أن ينص فيه على الأجل ومدته؟

وللجواب على هذا يمكن أن يقال: إن كان الاستصناع مما لم يجر فيه التعامل فهو سلم قولًا واحدًا، يحتاج إلى ذكر الأجل، وتسليم الثمن في مجلس العقد، والعقد فيه لازم، ويحتاج إلى ذكر جنسه، ونوعه وصفته، وقدره، وكل ما يؤدي إلى ضبطه كما هو الحال في شروط السلم(٢).

وإن كان المتعاقدان قد ذكرا الأجل، وكان المستصنع مما يجري فيه التعامل، فيرى أبو حنيفة أنه لا يصح استصناعًا، وإنما يصح سلمًا، فيعتبر فيه شرائط السلم، وهو تقديم الثمن في المجلس، ولزوم العقد الخ ما ذكرناه من شروط السلم(٣).

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٤١)، ومسلم (١٦٠٤).

(٢) قال في فتح القدير (٧/ ١١٦): «ولو ضرب الأجل، فيما فيه تعامل، يصير سلمًا عند أبي حنيفة، خلافًا لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه، يصير سلمًا بالاتفاق».

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢٤)، فتح القدير (٧/ ١١٦)، درر الحكام (٢/ ١٩٨)، البحر الرائق (٦/ ١٨٦). =

وخالفه أبو يوسف ومحمد، وقالوا: هو استصناع، سواء ذكر فيه الأجل، أم لم يذكر(١).

= والمقصود بذكر الأجل: اشتراط أدنى مدة الأجل في السلم، وهي عند جمهور الحنفية: أقلها: شهر، فإن اشترط أقل من شهر فإنه يصح استصناعًا، ويكون الأجل إنما ذكر للاستعجال، وليس للإمهال، يقول ابن عابدين في حاشيته (٥/ ٢٢٤، ٢٢٥): «فقد ظهر لك بهذه النقول أن الاستصناع لا جبر فيه إلا إذا كان مؤجلًا بشهر فأكثر، فيصير سلمًا..».

فالحنفية يريدون بالأجل عند إطلاقه: الأجل الذي ذكر في السلم، والجمهور على أن أقله شهر، فالشهر يعتبر أقل أجل في السلم.

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢٤): مسائل خمس في الاستصناع:

١- إذا لم تبين المدة في الأشياء التي جرى التعامل باستصناعها، فالعقد عقد استصناع بالإجماع.

٢- إذا كانت المدة أقل من شهر، أي لم تبلغ المدة التي يصح بها السلم، والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع، فهو كذلك عقد استصناع بالإجماع.

٣- إذا كانت المدة المبينة في الأشياء التي تستصنع عادة شهرًا، أو أكثر من شهر، فهو عقد استصناع عند الصاحبين، وعقد سلم عند الإمام... الخ ما ذكر.

فيؤخذ من هذا أن المشهور عند الحنفية أن الأجل ينقسم إلى قسمين:

الأول: أجل للاستعجال.

قال في تبيين الحقائق (٤/ ١٢٥): «وإن ذكره - يعني الأجل- على وجه الاستعجال، بأن قال: على أن تفرغ منه غدًا، أو بعد غد، يكون استصناعًا».

الثاني: أجل للإمهال، قال صاحب العناية (٧/ ١١٧): «والمراد بضرب الأجل ما ذكر على سبيل الاستمهال..». ويقدر كما ذكرنا بأقل مدة يصح فيها السلم، وهي من شهر فأكثر، والله أعلم.

وهذه أشهر الأقوال في مذهب الحنفية، وفيه قولان آخران:

أحدهما: إن كان ذكر المدة من قبل المستصنع، فهو للاستعجال، ولا يصير به سلمًا، وإن كان الصانع هو الذي ذكر المدة، فهو سلم. وهذا يحكى عن الهندواني.

والثاني: قيل: إن ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل، فهو استصناع، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأعمال، فلا يمكن تقديره بشيء معلوم.

(١) انظر المراجع السابقة.

❑ وجه قول أبي حنيفة:

الوجه الأول:

أن الأجل لا يثبت إلا في الديون، فلما ذكر فيه الأجل عرفنا أنه من قبيل بيع الدين، وبيع الدين لا يكون إلا سلمًا، وإن لم يذكر السلم صراحة، فالعبرة في العقود بالمعاني دون الألفاظ، ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة معنى، وإن لم يأت بلفظ الحوالة، كما أن البيع ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة والنكاح، فالعبرة في العقود بمعانيها، لا بألفاظها(١).

فإن قيل: كيف لا يكون الاستصناع دينًا، وهو عقد على موصوف في الذمة، فما تعلق بالذمة لا يكون عينًا، وإنما يكون دينًا.

قيل: المقصود بالدين ما كشف عنه الكاساني، وهو كون العقد لازمًا.

قال في بدائع الصنائع: «ولأن التأجيل يختص بالديون؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة، وليس ذلك إلا للسلم؛ إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق؟»(٢).

فعلل عدم وجود الدين في الاستصناع؛ لأن لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل بالاتفاق.

الوجه الثاني:

إذا ذكر الأجل في عقد الاستصناع، كان العقد محتملًا للسلم، ومحتملًا

---

(١) انظر المبسوط (١٢/ ١٤٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣).

للاستصناع، وحمله على السلم مع الشك أولى؛ لأن جواز السلم ثابت بالسنة والإجماع بخلاف الاستصناع، فإن هناك من ينازع فيه[١].

☐ وجه قول محمد وأبي يوسف:

الوجه الأول:

أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل، لا تأخير المطالبة؛ فلا يخرج به عن كونه استصناعا[٢].

الوجه الثاني:

قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل؛ فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع؛ لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل؛ فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم[٣].

الوجه الثالث:

لو كان الاستصناع بذكر الأجل يحوله سلمًا، لصار السلم بحذف الأجل منه يصيره استصناعًا، ولو كان هذا الاستصناع سلمًا، لكان سلمًا فاسدًا؛ لأنه يشترط فيه صنعة صانع بعينه، وذلك مفسد للسلم[٤].

☐ الراجح:

الذي فهمت من خلاف الحنفية أنهم يتفقون على أن ذكر الأجل غير لازم،

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٤).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣).

(٣) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٤) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٢٥).

في عقد الاستصناع، ويختلفون في حال ذُكِر الأجل، هل يتحول إلى عقد سلم، أو يبقى استصناعًا؟ والذي أميل إليه أن ذكر الأجل لازم في العقد، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره، حيث يقول:

«يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

(ب) أن يحدد فيه الأجل...» الخ ما ذكروا من الشروط، وسوف نسوق قرارهم كاملًا في فصل لاحق إن شاء الله تعالى.

وإذا كان الخوف من ذكر الأجل: أنه يحوله إلى عقد لازم، ولا يكون لهما خيار الامتناع قبل الشروع في العمل، فإن ذلك الخوف لا مبرر له، إذا رجحنا أن عقد الاستصناع من الأصل عقد لازم من حين العقد، كما رجع إلى ذلك أبو يوسف، وكما مشت عليه مجلة الأحكام العدلية، والقول بأن الأجل يصيره إلى نوع من بيع الديون، فإنه كذلك - أعني أنه من قبيل بيع الدين - سواء ذكر الأجل، أو لم يذكر، ما دام أنه متعلق بالذمة، لأن الدين كما يكون مؤجلًا، يكون حالًا، وليس من لازم الدين أن يكون مؤجلًا، فإن حلوله أو تأجيله لا ينفي أنه دين، والقول بالأجل لا بد من الذهاب إليه، إذا عرفنا أن سوق الصناعة اليوم لا يمكن أن يقوم على القول بالخيار؛ لأن ذلك يضر بالصناع، فقد ينفقون أموالهم على الصناعة، ثم يرجع المستصنع، وقد لا يشتري السلعة أحد بناء على أن المواصفات التي طلبها الصانع هي طلبات خاصة، لا تناسب غالب الناس.

ولا يلزم من كونه دينًا أن يكون سلمًا؛ لأن السلم عقد بيع محض، والاستصناع عقد مركب من إجارة وبيع، وهذا ما أخرجه عن عقد السلم، وليس ذكر الأجل، والله أعلم.

عقد المقاولة

❏ تمهيد ❏

المبحث الأول
في تعريف المقاولة

تعريف المقاولة اصطلاحًا[(١)]:

لم يكن عقد المقاولة معروفًا بهذا الاصطلاح عند الفقهاء المتقدمين، حتى ولا معروفًا في القوانين كالقانون الفرنسي، والقانون المدني المصري القديم، فكانت أعمال المقاولات تندرج تحت عقد إجارة الأشخاص حتى جاء القانون المدني المصري الجديد لسنة ١٩٤٨ م ففصل عقد المقاولة عن عقدين آخرين: هما عقد الإيجار، وعقد العمل. وتأثرت بذلك أغلب القوانين العربية بهذه التسمية[(٢)].

---

(١) المقاولة على وزن مفاعلة، وأصل اشتقاقها الفعل قال يقول قولًا وقولة ومقالًا.
وتطلق في اللغة على معنيين: المجادلة، يقال: قاوله في الأمر أي جادله.
والثاني: المفاوضة، يقال: تقاولنا: أي تفاوضنا.
انظر لسان العرب (١١/ ٥٧٧).
وقد اعتمد مجمع اللغة العربية في القاهرة مصطلح مقاولة، ووضع له التعريف الآتي: «اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد، في مدة معينة».
انظر المعجم الوسيط (٢/ ٧٧٣) بإشراف مجمع اللغة العربية.

(٢) عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير، أ.د محمد حبر الألفي، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ١٤٣).

وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بتعريفه القانوني بأنه: «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا، أو يؤدي عملًا مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر. . . سواء قدم المقاول العمل والمادة، وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل، وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل»[(١)].

التعريف المختار:

المقاولة: عقد يلتزم أحد الطرفين بمقتضاه بصنع شيء، أو أداء عمل لقاء عوض دون أن يكون تابعًا له، أو نائبًا عنه.

وهذا التعريف أضاف بعض القيود عن التعريف السابق، وهو أن المقاول ليس تابعًا لصاحب العمل، ولا نائبًا عنه، وقد أضاف هذا القيد القانون المدني الكويتي[(٢)].

فقولنا: (عقد) يخرج الوعد.

وقولنا: (أن يصنع شيئًا) إشارة إلى ما يوجبه عقد المقاولة، فهو يوجب: أحد أمرين:

الأول: التزام المقاول بصناعة شيء، كالأثاث المنزلي مثلًا، وهذا هو ما يسمى في الفقه الإسلامي بعقد الاستصناع.

الثاني: أداء العمل بإدارة المقاول، وهو ما يسمى بالفقه الإسلامي: الأجير المشترك.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، في العدد الرابع عشر (٢/ ٢٨٧). وهذا التعريف لا يختلف عن تعريف القانون المدني المصري، انظر المادة رقم (٦٤٦) وانظر أيضًا المادة رقم (٦١٢) من القانون المدني السوري، والمادة رقم (٨٦٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر المادة رقم (٦٦١)، وانظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ١٤٤، ١٤٥).

وهو الذي يعمل لعامة الناس، كالصباغ والحداد، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن العمل لغيره، فهو يعمل بإدارته مستقلًا عن صاحب العمل، وليس تابعًا له.

وقولنا (دون أن يكون تابعًا له أو نائبًا عنه) فالمقاول لا يخضع لإدارة صاحب العمل، وإشرافه، بل يعمل مستقلًا طبقًا لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعًا لصاحب العمل، ولا يكون صاحب العمل مسئولًا عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع.

وبهذا نعرف أن عقد المقاولة أعم وأشمل من عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي؛ لأن المقاولة تشمل صنع الأشياء، كما تشمل أداء الأعمال التي يستقل بها المقاول عن رب العمل، لذلك يشمل عقد المقاولة: التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد النشر، وعقد التوريد، وعقد الإعلان، وعقود المهن الحرة، وعقد توريد النفط، والبحث عنه من خلال حفر الآبار، وكذلك توريد المياه والطاقة، والبحث عن مصادرها، وغيرها من التعهدات[1].

فعقد المقاولة ضم عقدين مختلفين في الفقه الإسلامي، وهما عقد الاستصناع، وأحكام الأجير المشترك، وضمهما إلى بعض في مسمى جديد، وهو عقد المقاولة، وأصبح عقد المقاولة شاملًا للعقدين السابقين الاستصناع والإجارة بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد تقريرًا للواقع، وتمشيًا مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية، أو سنة نبوية، مع إخضاع هذا العقد

---

(١) انظر عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي (ص٥٣).

للأحكام الخاصة بعقد الاستصناع إذا كان من المقاول العمل والمواد معًا، أو بعقد الأجير المشترك إذا كان من المقاول العمل فقط(١).



(١) انظر عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي (ص٥٣)، الغش وأثره في العقود عبد الله السلمي (٢/ ٤٢١).

المبحث الثاني
في خصائص عقد المقاولة

[م-٧٦٠] يتصف عقد المقاولة بالخصائص التالية:

(١) أنه عقد رضائي، يشترط لانعقاده الرضا.

(٢) عقد المقاولة من عقود المعاوضات المالية.

فقولنا (معاوضات) أخرج عقود التبرعات.

وقولنا (مالية) أخرج النكاح، فإنه وإن كان من عقود المعاوضات إلا أن العوض فيه غير مالي.

وإنما كان عقد المقاولة من عقود المعاوضة؛ لأن كلًا من طرفيه يأخذ مقابلًا لما يعطي، فالمقاول يتعهد بتقديم العمل، وقد يتعهد بتقديم المواد أيضًا مقابل عوض يدفعه الطرف الآخر.

(٣) عقد المقاولة يعتبر من العقود اللازمة.

(٤) عقد المقاولة عقد يرد على العمل في القانون، على خلاف بين الفقهاء فيما إذا كان تعهد المقاول بتقديم العمل والمواد معًا، سيأتي تحريره إن شاء الله تعالى.

هذه تقريبًا أهم خصائص عقد المقاولة.



الباب الأول
في حقيقة المقاولة

الفصل الأول
في التوصيف الفقهي لعقد المقاولة

[م-٧٦١] اختلف العلماء المعاصرون في توصيف عقد المقاولة على قولين:

القول الأول:

هناك من يرى أن عقد المقاولة من العقود المستحدثة بصرف النظر عن التزام المقاول، هل يلتزم بتقديم العمل والمواد معًا، أو يلتزم بتقديم العمل دون المواد، ولا بد من الاعتداد بمشروعيته إذا توفرت فيه الأركان والشروط المعتبرة لمسيس الحاجة إليه في هذا الزمان.

وكون عقد المقاولة يشبه الاستصناع، أو يشبه عقد الإيجار هذا شبه عارض لا يختلف في حقيقته عن ذلك الشبه الذي يجده المرء بين العقود القديمة ذاتها.

فعلى سبيل المثال من الوارد أن يجد المرء ثمة تشابهًا بين شركة العنان، وشركة المفاوضة باعتبار أن كل واحدة منهما تقوم على الخلط بين المالين بيد أنه من المعروف أن لكل واحدة منهما كيانها الخاص، وأنهما تختلفان في قضايا أخرى متصلة بحقيقتهما وجوهرهما مما يحتم عدم إلحاق إحداهما بالأخرى في الحكم.

فإذا أسقطنا عقد الاستصناع على عقد المقاولة كنا محكومين بالشروط التي وضعها الحنفية في عقد الاستصناع، من ذلك أن يجري العمل فيه بين الناس؛

لأن عقد الاستصناع جرى على خلاف القياس عندهم، بينما هذا الشرط ليس قائمًا في عقد المقاولة، كما يرى جمهور الحنفية أن عقد الاستصناع عقد غير لازم قبل البدء بالعمل من الجانبين، وعقد المقاولة ليس كذلك. وهكذا...

وإلى هذا القول ذهب الدكتور مصطفى سانو(١)، والدكتور محمد جبر الألفي(٢)، وفضيلة الشيخ محمد النجيمي(٣).

واستشهد النجيمي بكلام لابن القيم حيث يقول: «إن الفقهاء قد أتعبوا أنفسهم وأضاعوا أوقاتهم في أنهم يحاولون تخريج العقود المستحدثة على عقود قديمة، ولو اعتبروها عقودًا جديدة وبحثوها من هذا الجانب لكان في ذلك اختصار للأوقات وحفظ للأوراق»(٤).

---

(١) الدكتور مصطفى سانوا أستاذ الفقه وأصوله بالجامعة الإسلامية بماليزيا، يقول الدكتور في بحثه (عقد المقاولة حقيقته تكييفه صوره) والمقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة عشرة (٢/ ١٩١): «إن عقد المقاولة كغيره من العقود الحديثة لا بد من الاعتداد بمشروعيته إذا توفرت فيه الأركان والشروط المعتبرة لمسيس الحاجة إليه في هذا الزمان، كما كانت الحاجة تمس ذات يوم إلى الاستصناع والسلم وسواهما من العقود المشتملة على غرر يغتفر مثله في عقود المعاوضات».

(٢) يقول الأستاذ محمد الألفي الأستاذ في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في بحثه عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في العدد الرابع عشر (٢/ ١٥٠): «رأينا الخاص: يعتبر عقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد عقدًا مستقلًا ملزمًا للطرفين، يسمى عقد مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق الطرفين بما لا يخالف حكمًا فقهيًا مجمعًا عليه، أو قاعدة آمرة نص عليها نظام داخلي، أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة في الشرع الإسلامي».

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ٢٨٠).

(٤) المرجع السابق. ولم يذكر لنا النجيمي اسم الكتاب الذي نقل منه هذا النص، ولم أقف على هذا النص في كتب ابن القيم المطبوعة بعد البحث.

القول الثاني:

يقابله قول آخر يرى أن عقد المقاولة هو استبدال لعقد الاستصناع من كل الوجوه، وليس ثمة فرق بين المقاولة والاستصناع سوى الاسم. وقد ذهب إلى هذا مجموعة من الباحثين منهم الدكتور أحمد يوسف، والدكتور محمد رواس قلعجي[(١)].

يقول الدكتور محمد رواس قلعجي ما نصه: «ما يعرف اليوم بعقد المقاولة هو نفسه الذي كان يعرف في القديم عند الفقهاء بعقد الاستصناع»[(٢)].

وهذا الكلام مقبول حيث تكون المواد من الصانع، أما حيث تكون المواد من صاحب العمل فهي مقاولة وليست استصناعًا.

جاء في بدائع الصنائع: «فإن سلم حديدًا إلى حداد ليعمل له إناء معلومًا بأجر معلوم، أو جلدًا إلى خفاف ليعمل له خفًا معلومًا بأجر معلوم، فذلك جائز، ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار»[(٣)].

القول الثالث:

هناك فريق من العلماء ينظر في توصيف عقد المقاولة إلى طبيعة التزام المقاول، فإن كان تعهد المقاول على أن يقدم العمل والمادة معًا، فإن العقد يكون استصناعًا، وإن كان تعهد المقاول على أن يقدم العمل فقط، والمادة من رب العمل، فإن العقد سيكون من قبيل الأجير المشترك، وكلاهما يجتمعان تحت اسم عقد المقاولة.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ١٨٥).

(٢) انظر المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، رواس قلعجي (ص١٣٨).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٤).

اختار هذا القول مجموعة من الباحثين، قال الشيخ الصديق الضرير: «عقد المقاولة قد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة، ويقوم هو بالعمل فقط، وقد يتعهد فيه بالعمل والمادة معًا، فالعقد في الصورة الأولى إجارة في الفقه الإسلامي، وفي الصورة الثانية استصناع»(١).

وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، رقم ١٢٩ (٣/ ١٤) وفيه: «عقد المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا، أو يؤدي عملًا مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر. وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة، وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل، وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل»(٢).



(١) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (ص٤٦٧، ٤٦٨)، وانظر عقد المقاولة لعبد الرحمن العايد (ص١٥٣).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ٢٨٧).

المبحث الأول
في توصيف العقد إذا كان العمل والمواد من المقاول

[م-٧٦٢] إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد.

مثاله: أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتبًا، ويقدم النجار الخشب من عنده. أو تعهد الحائك بخياطة ثوب على أن يكون القماش من الحائك. فهذا ما يسمى عند الحنفية بعقد الاستصناع.

ولذلك استعملت مجلة الأحكام العدلية لفظ المقاولة في تعريف الاستصناع، فقالت: «الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئًا، فالعامل: صانع، والمشتري: مستصنع، والشيء مصنوع»(١).

وقالت في نص آخر: «لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له شيئًا كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشًا، وبيَّن الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة، وقبل صاحب العمل انعقد الاستصناع»(٢).

ورجحه الشيخ الضرير(٣).

واختلف العلماء في توصيف العقد في هذه الصورة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن العقد عقد بيع على عين موصوفة في الذمة، والعمل تبع. وهذا هو المشهور من مذهب الحنفية في توصيف عقد الاستصناع.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم (١٢٤).

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢٢).

(٣) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (ص٤٦٧، ٤٦٨).

قال الكاساني في تعريف عقد الاستصناع: هو عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل[١].

قال السرخسي: «والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه - يعني العين- وذكر الصنعة (العمل) لبيان الوصف. . .»[٢].

وجاء في فتح القدير: «المعقود عليه العين دون العمل»[٣].

وقال ابن عابدين عن عقد الاستصناع: «بيع عين موصوفة في الذمة، لا بيع عمل، أي لا إجارة على العمل. .»[٤].

فالمراد: بالعين عندهم باعتبار ما سيكون، وهو الثوب بالنسبة للحائك، والأثاث بالنسبة للنجار. وقد بينا هذا القول مع دليله في عقد الاستصناع.

والسبب في اعتبار عقد الاستصناع من عقود البيع أمران:

الأول: أنه من عقود الملكية. وهذا طبيعة عقد البيع فإنه ينقل الملكية، بحيث تنتقل ملكية العين المصنوعة من الصانع إلى المستصنع بخلاف عقد المقاولة فإنه يرد على العمل.

الثاني: أن المستصنع يصنع الشيء لحسابه، ثم يبيعه على المستصنع بعد ذلك بدليل أن النجار لو استصنع الشكل المطلوب، وباعه على آخر لم يمنع ذلك.

جاء في العناية: «لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز. . .»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢)، وقال في تحفة الفقهاء (٢/ ٣٦٢): «عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع».
(٢) المبسوط (١٢/ ١٣٩).
(٣) فتح القدير (٧/ ١١٥).
(٤) مجلة مجمع القه الإسلامي (٧/ ٢/ ٧٧٥).
(٥) العناية (٧/ ١١٦).

وقال السرخسي: «وإن باعه الصانع، قبل أن يراه المستصنع، فبيعه جائز؛ لأنه باع ملك نفسه، فالعقد لا يتعين في هذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع..»[(١)]..

ونوقش هذا:

بأن كون عقد الاستصناع يرد على الملكية لا يعني أنه خرج عن عقد المقاولة، فالعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع، فهناك الشركة، والقرض، والصلح كلها عقود ترد على الملكية، وليست بيعًا فكذلك المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول، فتبقى مقاولة وإن كانت قد ترد على الملكية.

وأما كون الصانع يحق له أن يبيع الشيء الذي صنعه لغير من عمل له فهذا ليس لأنه ليس بيعًا، وإنما لكون حق المشتري قد تعلق بذمة الصانع، ولم يتعلق بعين معينة، ألا ترى أن المسلم فيه يستطيع المسلم إليه أن يبيعه قبل أن يتعين للوفاء باعتبار أن المسلم فيه في ذمة المسلم، والله أعلم.

القول الثاني:

أن عقد المقاولة مطلقًا وارد على العمل، والمادة تابعة للعمل. وهذا قول في مذهب الحنفية[(٢)].

قال السنهوري: «رأي يذهب إلى أن العقد عقد مقاولة دائمًا، والمادة ليست إلا تابعة للعمل، وتكون المقاولة في هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشيء المطلوب، فتقع على العمل، وهي في الوقت ذاته تقع على الشيء المصنوع،

---

(١) المبسوط (١٥/ ٩٠).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١٨٦).

فتنقل ملكيته إلى رب العمل، ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاولة؛ إذ إن تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، والعقود الواردة على الملكية كما قلنا: لا تقتصر على البيع، فهناك الشركة، والقرض، والدخل الدائم، والصلح، وكذلك المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول»(١).

واستدلوا: بعدة أدلة منها:

أولًا: الاستصناع: اشتقاق من الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه، والمادة فيه بمنزلة الآلة للعمل.

ثانيًا: بعض الأجراء العاملين (الأجير المشترك) أصحاب المهن تقتضي طبيعة عمله أن يضع من عنده المادة التي يستلزمها عمله المستأجر عليه كالصباغ، فإنه يدفع إليه الثوب، أو الغزل ليصبغه باللون المطلوب بصبغ يضعه من عنده، ولا يقدمه له صاحب الثوب، كما يفعل الصانع في الاستصناع، ولم يخرجه هذا عن أن يكون أجيرًا، وعقد عمله إجارة(٢).

ثالثًا: لو كان عقد الاستصناع من عقود البيع، لما بطل العقد بموت الصانع، كما هو مجمع عليه عند الحنفية.

ونوقش هذا:

إذا وردت المقاولة على الملكية فنقلتها فذلك دليل على أن المقاولة قد

---

(١) الوسيط (٧/ ١/ ٢٤).

(٢) انظر عقد الاستصناع، ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة - الزرقاء بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع (٢/ ٢٣٤).

اختلطت بعقد آخر، وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعًا، وإذا كان صحيحًا أن المقاول له أن يتعهد بصنع شيء يقدم فيه العمل والمادة معًا، ويكون مسئولًا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاولة محضة في هذه الظروف، ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر، وهو الذي يقع على المادة دون العمل، ويصح مع ذلك أن المقاول هو الذي قدم المادة، ويكون له بذلك دوران: دور البائع الذي قدم المادة، ودور المقاول الذي قدم العمل[(١)].

واجتماع البيع والإجارة فيه خلاف بين أهل العلم.

فقيل: لا يجوز مطلقًا، وهو مذهب الحنفية[(٢)]، وقول في مذهب الشافعية[(٣)].

وقيل: يجوز مطلقًا، وهو مذهب المالكية، والراجح في مذهب الشافعية[(٤)].

جاء في المدونة: «أرأيت إن استأجرت رجلًا على أن يبني لي دارًا على أن الجص والآجر من عند الأجير؟

قال: لا بأس بذلك.

قلت: وهو قول مالك.

قال: نعم.

قلت: لم جوزه مالك؟

قال: لأنها إجارة، وشراء جص وآجر صفقة واحدة.

---

(١) انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٧/ ١/ ٢٤، ٢٥).

(٢) تبيين الحقائق (٤/ ٥٩)، فتح القدير (٦/ ٨٠)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٤٦).

(٣) المجموع (٩/ ٤٨٣، ٤٨٤).

(٤) المجموع (٩/ ٤٨٣، ٤٨٤).

قلت: وهذا الآجر لم يسلف فيه، ولا هذا الجص، ولم يشتر شيئًا من الآجر بعينه، ولا من الجص بعينه، فلم جوزه مالك؟

قال: لأنه معروف عند الناس ما يدخل في هذه الدار من الجص والآجر، فلذلك جوزه مالك»[١].

وقيل: يجوز الجمع بين عقد البيع والإجارة بعوض واحد، ولا يجوز أن يبيعه وأن يشترط عليه عقد الإجارة، وهذا مذهب الحنابلة[٢].

والصحيح جواز الجمع بين البيع والإجارة سواء كان الجمع بينهما بشرط أو بغير شرط؛ لأنه لا يوجد محذور شرعي من اجتماع البيع والإجارة بعقد واحد، والإجارة نوع من البيع إلا أنها بيع منافع، والله أعلم.

وأما القول بأن عقد الاستصناع لو كان من عقود البيع لما بطل العقد بموت الصانع، فقد سبق الجواب عليه في عقد الاستصناع، وبينت أن عقد الاستصناع لما كان مركبًا من بيع وإجارة، ففي موت الصانع نظر إلى شبه العقد بالإجارة باعتبار أن العمل ركن أساسي في العقد، ولشبهه بالبيع في كونه ينقل الملكية، ويجري فيه خيار الرؤية كان له حكم البيع، لذا لا يمكن أن يكون بيعًا فقط، ولا إجارة فقط، بل هو مركب منهما.

القول الثالث:

هذا القول يذهب إلى أن العقد يكون مقاولة أو بيعًا بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، استنادًا إلى أن الفرع يتبع الأصل، فإذا كان العمل هو الأصل

---

(١) المدونة (٤/ ٤١٣).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٢١، ٣٤٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٨)، كشاف القناع (٣/ ١٩٣)، الفروع (٤/ ٦٣).

تبعته المادة، وكان العقد مقاولة، وإذا كانت المادة هي الأصل تبعها العمل، وكان العقد بيعًا.

يتضح ذلك بالمثال: فالرسام الذي يتعهد بالرسم على أن يكون منه القماش والورق والألوان التي يرسم بها، فالعقد عقد مقاولة؛ لأن هذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام.

وأما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة، فالعقد بيع. وهذا ما رجحه السنهوري(١).

القول الرابع:

أنه مقاولة ابتداء، وبيع انتهاء. اختار هذا بعض الحنفية(٢).

❑ الراجح:

أقوى الأقوال أن العقد وارد على العمل، والمواد تابعة له، والعقد بهذا التوصيف يحل لنا إشكالًا فقهيًا، كيف جاز عقد الاستصناع مع كون العقد من قبيل بيع الدين بالدين، حيث إن المبيع - وهو العمل - واجب في ذمة المقاول، والثمن إذا لم يسلمه المشتري وكان نقدًا فإنه يكون دينًا في ذمة المشتري، فيكون عقد الاستصناع من قبيل بيع الدين بالدين؟

وللجواب على ذلك يقال: لما كان العقد واردًا على العمل فقد أجاز الحنابلة والحنفية كما سيأتي عدم تسليم الثمن في الإجارة المعقودة في الذمة حتى يسلم العمل، وهذا أحد الأحكام التي تخالف فيها الإجارة حكم البيع، والله أعلم. وسيأتي مزيد بيان لهذه المسألة في مبحث مستقل إن شاء الله تعالى.

---

(١) الوسيط (٧/ ١/ ٢٦، ٢٧).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١٨٦).

المبحث الثاني
أن يقدم المقاول العمل فقط

[م-٧٦٣] إذا التزم العامل (المقاول) بتقديم العمل دون المواد التي يحتاج إليها العمل.

مثاله: أن يحضر صاحب العمل قماشًا، ويطلب من الخياط أن يصنع منه ثوبًا، أو يحضر خشبًا، ويطلب من النجار أن يصنع له غرفة نوم.

ويلحق به فيما لو جرى العرف أن الأجير يضع مواد تافهة من عنده مما يحتاج إليه المصنوع، كالمسمار يكون من النجار، وكالخيط يكون من الخياط، وكالصبغ يكون من الصباغ.

ومثله لو كان المقاول يشتري المواد بتفويض من صاحب العمل، ويقدم بها فواتير ليدفع ثمنها صاحب العمل، ثم يقوم المقاول بصنع شيء محدد من تلك المواد مقابل أجر معلوم، فالمواد في هذه الحالة تعتبر من صاحب العمل، وليست من المقاول.

وقد اختلف العلماء في توصيف هذا العمل على قولين:

القول الأول:

يرى أن العقد من قبيل عقد الجعالة.

وقد تفرد بهذا فضيلة الشيخ رفيق ابن يونس المصري.

قال في كتابه الجامع في أصول الربا: «عقد المقاولة: اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئًا، أو أن يؤدي عملًا بمقابل مالي

يتعهد به هذا المتعاقد الآخر. فعقد المقاولة بهذا يشبه عقد الجعالة في الفقه الإسلامي إذا كان المقاول يقدم العمل فقط...»[١].

ولعل ذلك من قبيل التسامح في العبارة، وإلا فإن هناك فرقًا بين الجعالة والإجارة؛ لأن الجعالة: هو أن يجعل جائز التصرف شيئًا معلومًا لمن يعمل له عملًا معلومًا أو مجهولًا في مدة معلومة أو مجهولة، فلا يشترط العلم بالعمل، ولا المدة، ولا تعيين العامل للحاجة.

والجعالة: عقد جائز من الطرفين، لكل واحد من المتعاقدين فسخها بخلاف عقد المقاولة، فهو عقد لازم ولا بد من بيان العمل في عقد المقاولة بيانًا تنتفي معه الجهالة.

وقد استخدم بعض الفقهاء لفظ الجعل مقام الأجرة، فيعتذر بمثل ذلك للأستاذ رفيق المصري، والله أعلم.

قال ابن المنذر: أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل، ولا تجوز... الخ كلامه ويقصد بالجعل الأجرة[٢].

وقال الدردير: «وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف في منعه...»[٣]. ويقصدون بالجعالة هنا الأجرة.

القول الثاني:

يرى أن العقد يكون من قبيل الإجارة على العمل، اختاره جماعة من

---

(١) الجامع في أصول الربا للأستاذ رفيق المصري (ص٣٧٤).

(٢) الأشراف على مذاهب العلماء (١/ ١٢٠، ١٢١)، وقال ابن المنذر في الإجماع (ص١٤١): «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل، ولا تجوز».

(٣) الشرح الكبير (٣/ ٧٧).

الباحثين، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي.

والأجير في عقد المقاولة أجير مشترك وليس خاصًا.

وعرف الأجير المشترك: هو من يكون عقده واردًا على عمل معلوم ببيان محله، ويعمل للمؤجر ولغيره كالنجار، والحداد، والبناء، والقصار.

والأجير الخاص: من يكون العقد واردًا على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة بحيث تكون منافعه مستحقة للمستأجر في تلك المدة[١].

والفرق بين الأجير المشترك و الخاص من وجوه:

الوجه الأول:

أن الأجير المشترك يشترك الناس في منفعته بخلاف الخاص حيث يختص المستأجر بمنفعته مدة العقد دون سائر الناس.

الوجه الثاني:

أن العقد في الأجير المشترك وارد على العمل، فمنافعه ليست مستحقة للمستأجر، بخلاف الخاص فإن العقد وارد على المنفعة، فمنافعه مستحقة للمستأجر خلال مدة الإجارة.

وينبني على هذا الفرق التالي:

الوجه الثالث:

أن الأجير المشترك يستحق الأجرة بالعمل، لا بتسليم النفس؛ لأنه يعمل للعامة، ولأن المعقود عليه هو العمل فلا يستحق أجرة إذا لم يعمل، وأما

(١) انظر تبيين الحقائق (٥/ ١٣٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤)، الإنصاف (٦/ ٧٢).

الأجير الخاص فيستحق الأجرة بالوقت دون العمل، فإذا سلم نفسه في الوقت وإن لم يعمل فقد استحق الأجرة؛ لأن المعقود عليه هو منفعته.

الوجه الرابع:

يضمن الأجير المشترك إذا كان التلف بسبب يرجع إلى الصنعة على الصحيح، سواء أكان متعديًا أم لم يكن، وسواء تجاوز المعتاد أم لم يتجاوز؛ لأن ما يدخل تحت عقد الإجارة هو العمل السليم، وأما العمل الفاسد فلا يدخل تحت الإجارة، وأما ما تلف بسبب لا يرجع إلى ا لصنعة كالحفظ ونحوه فلا يضمنه إن لم يكن منه تعد أو تفريط(١).

وأما الأجير الخاص فلا يضمن مطلقًا إلا بالتعدي والتفريط؛ لأنه أمين، ولأن المنافع مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير فعله منسوبًا إلى المؤجر كأنه فعله بنفسه، فلهذا لا يضمن، وهذا بالاتفاق.

الوجه الخامس:

لا يجوز للأجير الخاص أن يستأجر غيره بإنجاز ما استؤجر عليه، لأن العقد وقع على منافعه نفسه، لا على عمل غيره، ويجوز للأجير المشترك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه أن يكلف غيره بذلك العمل.

الوجه السادس:

لا بد من بيان العمل المعقود عليه في المقاولة علمًا ينفي الجهالة، ويقطع النزاع، وأما الأجير الخاص فليس من شرطه أن يكون معلومًا من كل الوجوه، فيكفي أن يستأجره للبناء يومًا أو شهرًا، أو سنة، أو نحو ذلك دون بيان لمقدار

---

(١) وسوف نخصص مبحث إن شاء الله تعالى عن ضمان المقاول، وإنما اقتضت الإشارة إليه هنا في باب التفريق بين الأجير الخاص والأجير المشترك.

ما سوف يبنيه، والأجراء يتفاوتون، فقد يبني أحدهم في يوم ما يبنيه الآخر في يومين أو في ثلاثة. وهكذا[١].



(١) انظر تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣)، الفتاوى الهندية (٤/ ٥٠٠)، المغني (٥/ ٣٠٥)، الموسوعة الكويتية (١/ ٢٨٩).

الفصل الثاني
في الحكم الفقهي للمقاولة

[م-٧٦٤] عقد المقاولة إما أن يعتبر عقدًا جديدًا، أو يعتبر من العقود المسماة.

فإن اعتبرناه عقدًا جديد، فإن الصحيح من أقوال أهل العلم جواز إحداث عقود جديدة.

لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾ [النحل: ٩١].

ولأن «الأمور قسمان: عبادات ومعاملات، فالعبادات الأصل فيها التحريم؛ لأن التعبد لا بد فيه من الإذن الشرعي على فعله، ولهذا ذم الله ﷻ المشركين الذين شرعوا لهم دينًا من قبل أنفسهم، فقال: ﴿أَمۡ لَهُمۡ شُرَكَٰٓؤُاْ شَرَعُواْ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمۡ يَأۡذَنۢ بِهِ ٱللَّهُۚ﴾ [الشورى: ٢١].

وأما المعاملات فالأصل فيها الحل، حتى يأتي دليل شرعي يمنع من ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فالبيع مطلق يشمل كل بيع إلا ما دل الدليل الخاص على تحريمه.

وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

فلم يشترط إلا مجرد الرضا.

فإذا كانت العقود والشروط من باب الأفعال العادية، فالأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن

الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]، عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وأيضًا فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه»(١).

وقد عقدت فصلًا في الأدلة على جواز إحداث عقود جديدة في كتاب عقد البيع فأغنى عن إعادته هنا.

وإن اعتبرنا عقد المقاولة من العقود المسماة، فإنه سوف يأخذ حكم عقدين في الفقه الإسلامي:

الأول منهما: عقد الاستصناع إن كان المقاول قد تعهد بتقديم المواد من عنده، وقد ذكرنا الخلاف في جواز عقد الاستصناع، وبينا أن الراجح جوازه عند الكلام على عقد الاستصناع فلا حاجة إلى إعادته.

الثاني: عقد الأجير المشترك إن كان صاحب العمل قد تعهد بتقديم المواد من عنده.

والأدلة على جواز عقد الأجير المشترك من القرآن والسنة وإجماع الأمة.

أما القرآن فقال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وقال تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾ [القصص: ٢٦، ٢٧].

---

(١) انظر الفتاوى الكبرى (٤/ ٩٠)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٥٢).

وجه الاستدلال:

قوله تعالى: ﴿ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ﴾ أي اجعله أجيرًا لك، وقوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي﴾ [القصص: ٢٧]، أي تصير أجيرًا عندي.

وقال تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥۖ قَالَ لَوۡ شِئۡتَ لَتَّخَذۡتَ عَلَيۡهِ أَجۡرًا﴾ [الكهف: ٧٧].

وقال تعالى: ﴿فَهَلۡ نَجۡعَلُ لَكَ خَرۡجًا عَلَىٰٓ أَن تَجۡعَلَ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَهُمۡ سَدًّا﴾ [الكهف: ٩٤].

ومن السنة أحاديث كثيرة، أختار منها:

(ح-٥٤٤) ما رواه البخاري من طريق سعيد بن أبي سعيد، عن أبي هريرة ﷺ، عن النبي ﷺ قال: **قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة وذكر منهم رجلًا استأجر أجيرًا فاستوفى منه، ولم يعط أجره.**

(ح-٥٤٥) ومنها ما رواه البخاري من طريق عروة عن عائشة ﷺ زوج النبي ﷺ قالت: **واستأجر رسول الله رجلًا من بني الديل هاديًا خريتًا، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث.**

(ح-٥٤٦) ومنها ما رواه البخاري من طريق مالك، عن حميد، عن أنس بن مالك ﷺ، قال: **حجم أبو طيبة رسول الله ﷺ فأمر له بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا من خراجه**[١].

وأما الإجماع فقد حكاه غير واحد من أهل العلم على جواز الإجارة، منهم العراقي في طرح التثريب[٢]، وابن المنذر[٣]، وغيرهم.

---

(١) صحيح البخاري (١٩٦٠)، وهو في مسلم بنحوه (٢٩٥٢).
(٢) طرح التثريب (٦/ ١٥٢).
(٣) الإجماع (ص١٧١).

وقال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك؛ لأنه غرر، يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار...»[1].



(١) المغني (٥/ ٢٥٠).

الباب الثاني
في شروط المقاولة

لما كانت المقاولة من عقود المعاوضات اشترط فيها العلماء ما اشترطوا في عقود المعاوضات من شروط عامة، سواء منها ما يتعلق بالانعقاد أو بالنفاذ، أو باللزوم، أو بالصحة، ومن ذلك:

(١) [م-٧٦٥] أن يكون العاقد مختارًا، فيشترط في كل من العاقدين في عقد المقاولة أن يكون مختارًا للعقد، اختيارًا يدل على الرضا المنافي للإكراه.

وإنما قلت: (اختيارًا يدل على الرضا المنافي للإكراه) لأنه قد جرى خلاف بين الحنفية والجمهور، في التفريق بين الرضا والاختيار كما سبق بيانه في عقد البيع.

والدليل على اشتراط الرضا (الاختيار) في العقود.

من القرآن قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

فقوله: ﴿عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]، الجملة صفة لتجارة، أي تجارة صادرة عن تراض بالعقد[١].

وإذا كان الرضا شرطًا في صحة العقد، فلا بد أن يكون الرضا خاليًا من كل ما ينافيه، كالإكراه، والغلط، والتدليس، والغبن.

فالإكراه، بحيث لو خلي المكره بينه وبين إرادته لم يرض بالعقد.

---

(١) تفسير النسفي (١/ ٢١٨).

والغلط بحيث لو علم من وقع في الغلط ما أقدم على التعاقد.

والتدليس على المتعاقد بحيث لو تكشفت الحقيقة للمتعاقد المدلس عليه (المخدوع) ما أقدم على التعاقد.

أو وقع في غبن فاحش، فهذه العيوب كلها تنافي الرضا، وقد سماها بعض القانونيين عيوب الإرادة، وبعضهم يسميها العيوب التي تلحق الرضا، وسبق أن تعرضت لها بالتفصيل في عقد البيع فأغنى عن إعادتها هنا.

(٢) [م-٧٦٦] أهلية المتعاقدين بحيث يكون كل واحد من المتعاقدين صالحًا لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا، وهو ما يسمى بأهلية الأداء.

والأهلية الكاملة: هي في حق المكلف الحر الرشيد.

والمكلف: هو البالغ العاقل.

فقيد العقل: أخرج المجنون والسكران حال سكره، والمعتوه.

وقيد الحرية: أخرج العبد.

وقيد البلوغ: أخرج الصبي.

والمقصود بالرشد هو الرشد في المال، وذلك بحفظه وإصلاحه، ولا يدخل فيه الرشد في الدين، ولو كان صلاح الدين شرطًا في الرشد لوجب الحجر على المنافقين والمبتدعة، بل يجب الحجر على كل من اغتاب مسلمًا ولم يتب من هذه المعصية وذلك لارتكابه كبيرة من كبائر الذنوب، ويجب الحجر على كل من كذب في بيعه، أو غش فيه.

فتلخص لنا أنه يشترط في العاقد أن يكون جائز التصرف، وهو الحر المكلف الرشيد، وهذا لا خلاف في نفوذ تصرفاته، كما أن المجنون لا خلاف في أنه لا يصح بيعه، وشراؤه، وسائر تصرفاته العقدية.

واختلفوا في تصرف الصبي المميز، والسكران، والسفيه، والمعتوه، وقد سبق لنا تفصيل أحكامهم في عقد البيع، وغيره مقيس عليه، فأغنى عن إعادته هنا.

(٣) [م-٧٦٧] أن يكون القبول موافقًا للإيجاب.

جاء في الموسوعة الكويتية: «اتفق الفقهاء على أنه لا بد لانعقاد العقد من توافق الإيجاب والقبول»[(١)].

(٤) [م-٧٦٨] ألا يفصل بين القبول والإيجاب فاصل يدل على الإعراض. وعدم الرضا.

(٥) [م-٧٦٩] ألا يرجع الموجب قبل صدور القبول. وهذا الشرط مختلف فيه بين المالكية والجمهور، وسبق تحرير الخلاف في المجلد الأول من عقد البيع.

(٦) [م-٧٧٠] أن يكون المحل المعقود عليه مشروعًا في نفسه.

فلا يجوز عقد المقاولة على ما لا نفع فيه.

أو كان محرمًا، أو كان الغالب على منافعه التحريم.

فلا يجوز إنشاء المقاولة على إنشاء وتعمير مصانع للخمور، أو على مراقص مختلطة، أو على إقامة نواد ليلية، أو على صالات للعب القمار ونحو ذلك.

ويمكن تقسيم الأشياء المعقود عليها بحسب منافعها إلى أقسام:

القسم الأول:

ما لا منفعة فيه أصلًا، فلا يجوز عقد المقاولة عليه، وهذا ينبغي ألا يكون فيه خلاف.

---

(١) الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢١٢).

القسم الثاني:

ما كان جميع منافعه محرمة، وهذا في الحكم بمنزلة ما لا منفعة فيه؛ لأن المنفعة المحرمة وجودها كعدمها.

القسم الثالث:

ما فيه منافع مباحة، ومنافع محرمة، وهذا القسم هو الذي يكثر فيه الخلاف، ويمكن تقسيمه إلى أقسام:

(أ) أن يكون جل منافعه، والمقصود منها محرمًا، والحلال منها تبعًا، فهذا يلحق بالقسم المنهي عنه، ولذلك قال تعالى عن الخمر: ﴿قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

(ب) أن يكون جل المنافع والمقصود منها حلالًا، والمحرم تبعًا، فيلحق بالقسم الجائز، كما في بعض المقاولات التي فيها غرر يسير، أو غير مقصود.

(ج) أن يكون فيه منافع مقصودة حلال، وفيه منافع مقصودة حرام، فهذا قد يختلف الحكم بحسب الباعث على العقد.

فإن كان الباعث على العقد هو الغرض المحرم حرم العقد وإلا كان العقد مشروعًا. كالمقاولة على صنع السلاح. فقد يكون حرامًا وقد يكون حلالًا بحسب الباعث والغرض الذي من أجله حرر العقد[1].

[م-٧٧١] وقد اختلف الفقهاء باعتبار الباعث لحل العقد وحرمته، ولتحرير الخلاف في هذه المسألة نذكر محل الاتفاق، ثم نذكر محل الخلاف:

(١) انظر مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣)، الوسيط (٣/ ٢٠).

الحال الأول:

أن تكون صيغة العقد (الإيجاب والقبول) قد تضمنت النص الصريح على ذكر الباعث على هذا العقد، وكان الباعث غير مشروع فعقد المقاولة غير مشروع.

فإذا قال: اصنع لي سلاحًا؛ لأقتل به معصومًا، أو قال: أقاولك على بناء هذا المكان لأتخذه مكانًا لبيع الخمور، أو لأقيم عليه كنيسة، أو غير ذلك من الأمور غير المشروعة، فالمقاولة في مثل هذه الحالة لا تصح قولًا واحدًا؛ لأن المقاولة لو صحت في مثل هذه الحالة، لكان ذلك مضافًا إلى الشارع من حيث إنه شرع عقدًا موجبًا للمعصية، تعالى الله عن ذلك علوًا كبيرًا(١).

---

(١) جاء في تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ١٢٥): «ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهي؛ لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئًا، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، لو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافًا إلى الشارع من حيث إنه شرع عقدًا موجبًا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوًا كبيرًا».

وجاء في البدائع (٥/ ١٦٩): «ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد؛ لأن التغنية صفة محذورة، لكونها لهوًا، فشرطها في البيع يوجب فساده، ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب، جاز البيع؛ لأن هذا البيع بشرط البراءة عن هذا العيب، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر، فإن وجدها لا تغني لا خيار له؛ لأن الغناء في الجواري عيب، فصار كما لو اشترى أنه معيب، فوجده سليمًا..».

فمن اشترى الجارية، وكشف عن غرضه منها، وهو كونها مغنية، فإن هذا الباعث غير مشروع، ويكون العقد فاسدًا، فإن كان ذكر الغناء ليس لبيان الغرض من العقد، وإنما هو لبيان العيب، فأراد البائع أن يبرأ من هذا العيب، فاشترط البراءة على المشتري، فإن العقد صحيح؛ لأن العقد لم يكن الباعث عليه كونها مغنية.

ويقول الدردير من المالكية: «ولا يصح كراء دار، لتتخذ كنيسة، أو مجمعًا لفاسق، أو خمارة، ويفسخ متى اطلع عليه..». =

ولأن تمكين العاقد من فعله المحرم إعانة له على ذلك الباطل، والإعانة على الحرام تجعله شريكًا له في الفعل.

قال تعالى: ﴿فَلَنْ أَكُونَ ظَهِيرًا لِّلْمُجْرِمِينَ﴾ [القصص: ١٧].

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

الحالة الثانية:

إذا لم يذكر الباعث على العقد في صيغة العقد، ولكن علم البائع، أو غلب على ظنه من القرائن، وظروف الحال، أن المشتري يريد من عقد المقاولة العمل المحرم، كما لو كان العاقد مصرفًا ربويًا، فهل يصح العقد والحالة هذه.

هذه المسألة إن كان الأمر من قبيل الشك، والاحتمال فلا يحرم العقد.

وإن كان المقاول علم قصد صاحب العمل بذلك بقرائن خاصة، أو أخبار صحيحة، أو غلب على ظنه من حال الرجل(١)، ففي هذه المسألة خلاف بين الفقهاء:

= فقوله: لتتخذ كنيسة يريد بذلك أنه نص على هذا الغرض في العقد، وإلا لو لم ينص، وظهر من المستأجر ذلك لم يفسخ العقد عندهم.
جاء في التاج والإكليل (٥/ ٤٣٥): «وإذا ظهرت من مكتري الدار خلاعة، وفسق، وشرب خمر لم ينتقض الكراء، ولكن الإمام يمنعه من ذلك، ويكف أذاه عن الجيران...».
ويقول الخرشي (٧/ ٣٣): «الإجارة لا تنفسخ بظهور المستأجر فاسقًا يشرب فيها الخمر، أو يزني، أو نحو ذلك..».
ويقول ابن قدامة في المغني (٥/ ٣٢١): «ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة، أو بيعة، أو يتخذها لبيع الخمر، أو القمار» ثم علل المنع بقوله: «فعل محرم، فلم تجز الإجارة عليه كإجارة عبده للفجور».

(١) انظر الفروع (٤/ ٤٢).

فقيل: العقد باطل، وهو مذهب المالكية(١)، والحنابلة(٢).

وقيل: العقد صحيح، وهل يحرم مع الصحة، قيل: إن تحقق أنه يشتري المباح لفعل المعصية حرم على الصحيح، وإلا كره، وهذا مذهب الشافعية(٣)، وهو قول الحسن، وعطاء، والثوري(٤).

---

(١) قال ابن عبد البر في الكافي (ص٣٢٨): «ولا يباع شيء من العنب، والتين، والتمر، والزبيب، ممن يتخذ شيئًا من ذلك خمرًا، مسلمًا كان، أو ذميًا... واختلف في فسخ بيع العنب ممن يعصره خمرًا، مسلمًا، أو ذميًا، فالمشهور عن مالك وأكثر أصحابه أنهم يفسخون البيع فيه، وبيع السلاح في الفتنة من أهل دار الحرب من هذا الباب، حكم ذلك حكم بيع العنب ممن يعصره خمرًا سواء، وبيع ظروف الخمر لا يجوز أيضًا، إلا أن يصلح لها ولغيرها، فلا تباع حينئذ إلا من مأمون، وخالفه ابن القاسم، فأجازه».
وانظر مواهب الجليل (٤/ ٢٥٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ٧)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٢٠).

(٢) مسائل أحمد رواية صالح (٢/ ١٤١)، المبدع (٤/ ٤٢)، الإنصاف (٤/ ٣٢٧)، الفروع (٤/ ٤٢)، كشاف القناع (٣/ ١٨١)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٣٦).

(٣) قال الشافعي في الأم (٣/ ٧٤): «أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرًا، ولا أفسد البيع إذا باعه...».
وقال النووي في المجموع (٩/ ٤٣٢): «قال أصحابنا: يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر، والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ، والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح، فإن تحقق اتخاذه لذلك خمرًا ونبيذًا، وأنه يعصي بهذا السلاح، ففي تحريمه وجهان حكاهما ابن الصباغ والمتولي والبغوي في شرح المختصر والروياني وغيرهم.
أحدهما: نقله الروياني والمتولي عن أكثر الأصحاب: يكره كراهة شديدة، ولا يحرم.
وأصحهما: يحرم، وبه قطع الشيخ أبو حامد، والغزالي في الإحياء، وغيرهما من الأصحاب، فلو باعه صح على الوجهين، وإن كان مرتكبًا للكراهة أو التحريم.
قال الغزالي في الإحياء: وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان، كبيع العنب للخمار، قال: وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية».

(٤) المغني (٤/ ١٥٤).

وقيل: يصح بيع العنب لمن يعصره خمرًا، ولا يصح بيع السلاح على أهل الفتنة، وهذا مذهب الحنفية[(١)].

❑ وجه التفريق:

أن العنب لا تقوم المعصية بعينه، بل بعد تغيره، فجاز بيعه، وأما السلاح في الفتنة فتقوم المعصية بعين السلاح، فمنع من بيعه، ولذلك لو اشترى حديدًا ليصنع منه سلاحًا، لجاز بيعه، ولم يكن هناك فرق بين العنب والحديد.

وقد ذكرنا أدلة الفريقين في عقد البيع فأغنى عن إعادته هنا.

(٧) [م-٧٧٢] أن يكون المعقود عليه في المقاولة معلومًا للمتعاقدين، وذلك بذكر طبيعته وأوصافه وتبيين ذلك تبيانًا كافيًا بحيث لا يكون في العقد جهالة تؤدي إلى النزاع، فإذا كان التعاقد على ترميمات ذكر الشيء الواجب ترميمه، وإذا كان التعاقد على بناء كان الواجب بيانه من خلال التصميمات الموضوعة له، وهي الرسوم التي يضعها المهندس المعماري من مشروع ابتدائي، ورسوم نهائية تفصيلية، ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها، وتبيين جميع مقاسات البناء الوصفية والتقديرية[(٢)].

لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فاشترطت الآية الرضا، والرضا لا يتعلق إلا بمعلوم.

ولأن الإقدام على المجهول غرر، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، وهو أصل متفق عليه في الجملة.

---

(١) جاء في الدر المختار (٦/ ٣٩١): «وجاز بيع عصير عنب ممن يعلم أنه يتخذه خمرًا؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل بعد تغيره. وقيل: يكره؛ لإعانته على المعصية».

(٢) انظر الوسيط للسنهوري (٧/ ١/ ٥٦).

(ح-٥٤٧) لما رواه مسلم من طريق أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: **نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر**[١].

جاء في بدائع الصنائع: «ومنها - أي من شروط الصحة - بيان العمل في استئجار الصناع والعمال؛ لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد، حتى لو استأجر عاملًا ولم يسم له العمل من القصارة، والخياطة، والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد، وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك، إما بالإشارة والتعيين، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة، وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل، أو الإبل، أو البقر، أو الغنم وعددها؛ لأن العمل يختلف باختلاف المعمول، وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر حفارا ليحفر له بئرًا أنه لا بد من بيان مكان الحفر، وعمق البئر، وعرضها؛ لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلومًا»[٢].

(٨) [م-٧٧٣] وأن يكون العمل المقاول عليه ممكنًا بحيث يكون المقاول قادرًا إما بنفسه أو بغيره على القيام بالمعقود عليه وتسليمه في الميعاد المتفق عليه؛ لأن الالتزام بالمستحيل باطل، والدخول في العقد حينئذ يكون من أكل أموال الناس بالباطل.

وقولنا: إما بنفسه أو بغيره إشارة إلى أن المعقود عليه إذا كان مستحيلًا بالنسبة للعاقد، ولكنه ليس مستحيلًا في ذاته أمكن عقد المقاولة عليه؛ لأن المحل ممكن في ذاته.

---

(١) مسلم (١٥١٣).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٨٤).

ويلحق بالاستحالة الحسية الاستحالة الشرعية، قال الغزالي: «والعجز شرعًا كالعجز حسًا، فلو استأجر على قلع سن صحيحة، وقطع يد صحيحة، أو استأجر حائضًا على كنس مسجد فهو فاسد؛ لأن تسليمه شرعًا متعذر»[(١)].



(١) شرح الوجيز (١٢/ ٢٦٤).

الباب الثالث
في الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة

الفصل الأول
في التزام المقاول

يلتزم المقاول بثلاثة أشياء:

١- التزام المقاول بإنجاز العمل.

٢- التزام المقاول بشأن مواد العمل.

٣- التزام المقاول بتسليم العمل.

وسوف نتعرض لهذه المسائل بشيء من التفصيل في المباحث التالية.



المبحث الأول
التزام المقاول بإنجاز العمل

يجب على المقاول إنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقًا للشروط الصحيحة الواردة في هذا العقد، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصنعة تبعًا للعمل الذي يقوم به المقاول، فالبناء له أصول معروفة، وكذا النجارة والحدادة والسباكة والحياكة كلها لها أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة لذكرها في العقد.

وإذا كان العقد مؤقتًا وجب الالتزام بالمدة المتفق عليها؛ وفاء بالشرط، ولأن رب العمل ما ضرب الأجل إلا وله فيه مصلحة فلا يحق للمقاول تفويتها عليه.

وإذا لم يذكر الوقت في إنجاز مثل هذا العمل كان على المقاول الالتزام بتنفيذ العمل في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظرًا لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة، وحسب عرف الحرفة، ولا يحق له التأخير بحجة أن الوقت لم يتعرض له في العقد.

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية، وليس التزامًا ببذل عناية، فلا يكفي لإعفاء المقاول من المسئولية عن التأخر أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد، ولكنه لم يتمكن من ذلك، بل يجب عليه حتى تنتفي مسئوليته أن يثبت السبب الأجنبي، فإذا أثبت القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو فعل الغير انتفت مسئوليته بشرط ألا يكون ذلك مسبوقًا بخطأ منه، وإلا كان مسئولًا بقدر هذا الخطأ.

كذلك تنتفي مسئولية المقاول عن التأخر في إنجاز العمل إذا كان هذا التأخر راجعًا لخطأ رب العمل، فإذا تأخر رب العمل في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها، أو تأخر في دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول في مواعيدها، وكان هذا التأخر سببًا في تأخر المقاول في إنجاز العمل لم يكن هذا الأخير مسئولًا[1].

وإذا كان العقد يقضي بتقديم المواد التزم بتوفيرها، وإذا كان العقد يقضي بتقديم العمل فقط لم يتأخر فيه.

وإذا كان المقاول يحتاج في إنجاز عمله إلى أيد عاملة تعاونه، وتعمل تحت إشرافه جاز له ذلك ما لم يكن العمل منظورًا فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان، وفي جميع هذه الأحوال تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك.

وإذا كان التزام المقاول بإنجاز العمل يحقق غاية كأن يكون محل عقد المقاولة إقامة بناء، أو ترميمه، أو صناعة ثوب فإنه لا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت الغاية، وأنجز العمل المطلوب.

وإذا كان التزام المقاول إنما هو ببذل العناية المطلوبة كما هو الحال في التزامات الطبيب والمحامي فإنه لا يبرأ حتى يبذل العناية المعهودة من مثله طبقًا للأصول، وليس على الطبيب أن يشفي المريض، ولا على المحامي أن يكسب القضية.

وإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو الشروط التي تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها، وأثبت رب العمل ذلك كان المقاول

---

(١) الوسيط - السنهوري (٧/ ١/ ص٧٦، ٧٧).

مخلًا بالتزامه ولم يقم بما يجب عليه، وترتب عليه الضمان الذي سوف نذكره ونفصله إن شاء الله تعالى في مبحث مستقل[١].



(١) انظر الوسيط - السنهوري (٧/ ١/ ص٦٥).

المبحث الثاني
التزام المقاول بشأن مواد العمل

إذا اشترط رب العمل أن يقدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان مسئولًا عن جودتها طبقًا لشروط العقد إذا وجدت، وإلا تطبيقًا للعرف الجاري.

وإذا كان صاحب العمل هو المتعهد بتوفير ذلك وجب على المقاول أن يحرص عليها، وأن يرد لصاحبها ما بقي منها، فإن تلفت أو تعيبت أو فقدت فهل يضمنها مطلقًا، أو يضمنها في حال كان تلفها بسبب يرجع إلى الصنعة، أو لا يضمنها مطلقًا إلا إن تعدى أو فرط، في ذلك خلاف سيأتي تحريره إن شاء الله تعالى.

وهل يجب على المقاول أن يحضر أدواته الخاصة التي تستعمل لإنجاز العمل كالآلات الضرورية لعمله وذلك مثل الرافعات والخلاطات، وأدوات الحفر، والهدم، ومكينة الخياطة، والخيوط اللازمة، وحبر الناسخ، أو أن هذا داخل في التزام صاحب العمل؟

وللجواب عن ذلك يقال: إن كان هناك شرط أو عرف وجب العمل به[(١)].

جاء في البحر الرائق: «في الفتاوى الظهيرية الخيط والمخيط على الخياط، وهذا في عرفهم. أما في عرفنا فالخيط على صاحب الثوب»[(٢)].

وإن لم يكن هناك شرط ولا عرف فقد اختلف الفقهاء.

---

(١) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٦٠)، المادة (٥٧٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٦١، ٣٦٢).

(٢) البحر الرائق (٧/ ٣٠١).

فقيل: كل ما كان من توابع العمل فإنها تلزم الأجير (المقاول) ما لم يشترط غير ذلك. وهذا مذهب الحنفية[١]، وقول عند الشافعية[٢]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٣].

❑ **وجه ذلك:**

أن هذه الآلات تابعة للعمل، فالنجار لا يكون نجارًا إلا ومعه المعدات الخاصة بذلك، والحداد لا يكون حدادًا إلا ومعه آلة الحدادة.

ولأنه لا يمكن أن يكلف رب العمل بشراء الآلات الرافعة والخلطات وأثمانها باهظة وهو لن يستعملها إلا لمشروع واحد، فتكون حينئذ خسائر رب العمل مضاعفة بخلاف المقاول فإنه لا يستغني عنها في مشاريعه المستمرة.

وقيل: الآلات على رب العمل وهذا مذهب المالكية[٤]، والمشهور في مذهب الشافعية[٥]، وقول في مذهب الحنابلة[٦].

---

(١) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٥٥، ٤٥٦)، وانظر المادة ٥٤٥، ٥٧٤ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٣٤٦)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٦).

(٣) الإنصاف (٦/ ٣٢)، المبدع (٥/ ٧٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٥١)، كشاف القناع (٣/ ٥٦٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦١٠).

(٤) جاء في تهذيب المدونة (٣/ ١٣١): «ولو آجرته على بناء دار فالأداة والماء، والفؤوس والقفاف والدلاء على من تعارف الناس أنها عليه... فإن لم تكن لهم سنة فآلة البناء على رب الدار...».
وانظر الخرشي (٧/ ٢٤، ٢٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٤٠)، الشرح الكبير (٤/ ٢٣، ٢٤) وانظر بهامشه حاشية الدسوقي، منح الجليل (٧/ ٥٠٤).

(٥) مغني المحتاج (٢/ ٣٤٦)، السراج الوهاج (ص٢٩٢)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٦)، منهاج الطالبين (ص٧٧).

(٦) الإنصاف (٦/ ٣٢).

❑ وجه ذلك:

أن المقاول إنما التزم بالعمل فقط فلا يلزمه غير ذلك.

وقيل: إن كان العقد على الذمة وجب بيان من يجب عليه إحضار هذه الأشياء، فإذا لم يبين هذا في العقد بطلت الإجارة. وإن كان العقد على العين لم يجب غير نفس العمل. وهذا قول في مذهب الشافعي(١).



(١) انظر المراجع السابقة.

المبحث الثالث
تسليم العمل بعد إنجازه

[م-٧٧٤] يجب على المقاول تسليم العمل فور الانتهاء منه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد.

ويكون التسليم بجعل موضع المقاولة تحت سلطة وتصرف صاحب العمل، وهو يختلف من عمل لآخر، فتسليم المنقولات يكون عن طريق المناولة يدًا بيد، وتسليم العقارات يكون بالتخلية بينها وبين صاحبها ليتمكن من ممارسة سلطته عليها، وإذا اتفق الطرفان على أن يكون التسليم في مكان معين وجب على المقاول نقل الشيء موضع المقاولة إلى المكان المحدد، وتسليمه فيه. وقد تكلمنا عن قبض المبيع وأقسامه فأغنى عن إعادته هنا.

وإذا حان ميعاد التسليم، وكان للمقاول أجر مستحق في ذمة صاحب العمل ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي أجره، وقد تكلمنا في عقد البيع عن حبس المبيع حتى يستوفي البائع الثمن وذكرنا أقسام المسألة، والمسألة في المقاولة مقيسة على حبس المبيع.



الفصل الثاني
في التزام رب العمل

يلتزم رب العمل بثلاثة أشياء:

الأولى: تمكين المقاول من إنجاز العمل.

الثانية: تسلم العمل بعد إنجازه.

الثالثة: دفع البدل المستحق للمقاول.

وسوف نتعرض بالتفصيل إن شاء الله تعالى لكل مسألة من هذه المسائل في المباحث التالية.



المبحث الأول
تمكين المقاول من إنجاز العمل

[م-٧٧٥] يلتزم رب العمل ببذل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل، ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه.

لأن هذا هو موجب العقد، فالمقاول مطالب بالعمل بمقتضى العقد، ولا يمكنه البدء فيه، ولا المضي في تنفيذه إلا بتمكين ربه منه، وقد قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

ولأن المقاول لن يستحق الأجرة إلا بالعمل، فإذا منع من تنفيذ العمل كان في ذلك إهدار لمنفعة المقاول.

فإن كان المقاول في حاجة إلى رخصة للبناء للبدء في العمل وجب على رب العمل أن يحصل له عليها في الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ العمل، وكذلك الحكم في جميع الترخيصات الإدارية الأخرى التي يكون العمل بحاجة إليها.

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التي تستخدم في العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل وجب عليه أن ينفذ ما تعهد به في الوقت المتفق عليه، أو في الوقت المناسب حتى يتمكن المقاول من البدء في تنفيذ العمل و من المضي في تنفيذه.

وإذا كان العمل يحتاج إلى تدخل رب العمل شخصيًا كأن يجرب الحائك عليه الثوب بعد أخذ مقاساته، أو يقوم بتصحيح مسودة الكتاب المقدم للطبع

وجب عليه أن يقوم بذلك في الوقت المتفق عليه، أو في الوقت الذي يتطلبه العمل[١].

وإذا تأخر رب العمل في تمكين المقاول من إنجاز العمل فإن المقاول لا يتحمل ما يترتب على هذا التأخير من غرامات، كما لو كان في العقد شرط جزائي بأن يسلم المقاول العمل في مدة متفق عليها، بل للمقاول أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه، أو من جراء تأخره في القيام به؛ لأن المقاول إذا منع من تنفيذ العمل فإنه يلحقه بذلك ضرر مالي في الوقت الذي لا يمكنه من الارتباط بعقود أخرى بسبب ارتباطه مع رب العمل مدة العقد.

فإن أصر رب العمل على عدم تمكين المقاول من العمل فله أن يفسخ العقد[٢].



(١) انظر الوسيط - السنهوري (٧/ ١/ ص١٤٤).

(٢) انظر عقد المقاولة - عبد الرحمن العايد (ص٢٠٠).

المبحث الثاني
تسليم العمل بعد إنجازه

[م-٧٧٦] يختلف قبض المبيع والعين المستأجرة عن قبض المعمول بعد فراغ المقاول منه، ذلك أن العين في البيع والإجارة تكون غالبًا عينًا معينة بالذات، معروفة للمشتري أو للمستأجر، ولا يقتضي الأمر أكثر من تسلمها. بخلاف القبض في عقد المقاولة، وذلك أن المقاولة تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد فوجب عند إنجازه أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها، أو لأصول الصنعة، ويكون ذلك بفحصه، فالقبض فيه لا يكفي بل لابد من تقبله والموافقة عليه، وهو معنى زائد على مجرد القبض.

والتقبل والقبض قد يجتمعان، وقد ينفصلان:

فقد يقبضه رب العمل ويتقبله في وقت واحد، وذلك بأن يفحصه عند قبضه، ويستوثق من أنه هو الذي قصد إليه بالتعاقد، فيوافق عليه.

وقد ينفصل تقبل العمل عن القبض:

كما لو فحص رب العمل عمل المقاول بعد إنجازه، وهو لا يزال في يد المقاول، وتقبله.

وقد يتأخر التقبل عن القبض، كما لو قبضه قبل أن يفحصه، والمطلوب هو قبضه وتقبله، وليس قبضه فقط.

إذا علم ذلك نأتي بالكلام عن تسلم العمل وقبضه.

لما كان المقاول مطالبًا بتسليم المعمول إلى ربه، وكان رب العمل مطالبًا بتسلم العمل من المقاول وجب مراعاة ما يلي:

الأول: أن يكون التسليم في الميعاد المتفق عليه، أو في الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقًا لطبيعته ولعرف الحرفة.

ثانيًا: يجب على رب العمل أن يقوم بتنفيذ التزامه من التسلم والتقبل بمجرد أن يفرغ المقاول من عمله ويضعه تحت تصرفه.

ثالثًا: يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلم العمل إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من شروط، أو ما تقضي به أصول الصنعة(١).

رابعًا: إذا كان العقد واردًا على العمل، والأدوات من المالك، فيكون العقد من قبيل إجارة الأجير المشترك.

فهنا إما أن يكون المقاول ينجز العمل، والعين في يد صاحبها، كما لو قام سباك بتصليح مواسير المياه، وهي في مكانها، أو استأجر رجلًا ليبني له جدارًا في ملكه، فإن تسليم موضع المقاولة يكون بفراغ المقاول من عمله؛ لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئًا فشيئًا(٢).

وإما أن يكون موضع المقاولة في يد المقاول فلا بد حينئذ من تسلم العمل من قبل صاحب العمل.

وتسليم العمل يكون برفع المقاول كافة الموانع والعوائق التي تمنع من قبض الشيء الذي وقع عليه العمل، ويكون صاحب العمل متمكنًا منه، وتحت تصرفه، ومأذونًا له باستلامه، وبهذا يكون المقاول قد التزم بالتسليم.

---

(١) الوسيط - السنهوري (٧/ ١/ ص١٤٨، ١٤٩).

(٢) تحفة الفقهاء (٢/ ٣٥٤)، بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٤)، تبيين الحقائق (٥/ ١٠٩، ١١٠)، المدونة (٤/ ٤٤٩) وما بعدها، المهذب (١/ ٤٠٩)، المغني (٥/ ٣٠٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨١، ٦٨٢).

وهذا غاية ما يقدر عليه المقاول، وهو محتاج إلى إخراج نفسه من العهدة، فإذا أتى بما في وسعه فقد برئ، وليس في وسعه إلا ذلك، وأما القبض الذي هو التسلم، فهذا فعل صاحب العمل، فلا يكلف المقاول فعل غيره، فجُعِل تمكين صاحب العمل من القبض ورفع كافة الموانع التي تمنع من القبض قبضًا، وهو القبض الحكمي(١).

رابعًا: إذا كان العقد واردًا على العمل والعين من المقاول، فيكون العقد استصناعًا.

فهل يلزم رب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه، هذه المسألة ترجع إلى مسألة أخرى وقع فيها خلاف بين أبي يوسف وجمهور الحنفية، هل عقد الاستصناع عقد لازم، أو عقد جائز.

فمن رأى أن عقد الاستصناع عقد جائز لم ير أن صاحب العمل يجب عليه تسلم العمل، وهذا ما عليه جمهور الحنفية.

ومن رأى أن عقد الاستصناع عقد لازم كما هو قول أبي يوسف من الحنفية، واختارته مجلة الأحكام العدلية فإنه يرى أنه يجب على رب العمل تسلم العمل، وقد بحثت هذه المسألة في عقد الاستصناع فأغنى عن ذكرها هنا.



(١) انظر البحر الرائق (٨/ ٢٦٥)، تبيين الحقائق (٦/ ٦٣)، حاشية ابن عابدين (٨/ ٤٣٤).

المبحث الثالث
في دفع الأجرة المستحقة للمقاول

الفرع الأول
في وقت امتلاك المقاول للأجرة

البدل: هو العوض الذي يقابل العمل، وكل ما يصلح أن يكون ثمنًا في البيع يصلح أن يكون عوضًا في الإجارة؛ لأنه عقد معاوضة أشبه البيع.

قال ابن نجيم: «وما صح ثمنًا صح أجرة؛ أي ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة؛ لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع»[١].

والأجرة من مقومات عقد الإجارة التي لا يقوم العقد إلا بها سواء اعتبرنا الأجرة ركنًا من أركان عقد الإجارة كما هو مذهب الجمهور، أو لم نعتبرها ركنًا كما هو مذهب الحنفية.

قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

(ح-٥٤٨) وروى البخاري من طريق سعيد بن أبي سعيد، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: **قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة وذكر منهم رجلًا استأجر أجيرًا فاستوفى منه، ولم يعط أجره**[٢].

والسؤال: متى يملك المقاول الأجرة، هل يملكها بالعقد أو بالفراغ من العمل.

(١) البحر الرائق (٧/ ٢٩٨).

(٢) صحيح البخاري (٢٢٢٧).

وللجواب على ذلك نقول: السؤال مفروض فيما إذا كان العقد مطلقًا، أما إذا كان هناك شرط في التعجيل فيعمل بمقتضى الشرط، وكذا إذا كان هناك عرف.

[م-٧٧٧] فإن كان العقد مطلقًا، ولم يكن هناك عرف فقد اختلف العلماء متى يستحق المقاول المطالبة بالأجرة على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية وابن حزم من الظاهرية إلى أن الأجرة لا تملك بالعقد، وإنما تستحق إما بالفراغ من العمل في إجارة الذمة أو بالاستيفاء شيئًا فشيئًا في إجارة العين[(١)].

وقد وافقهم المالكية في إجارة العين دون إجارة الذمة[(٢)].

القول الثاني:

ذهب الحنابلة إلى أن الأجرة تملك بمجرد العقد، وتستحق بتسليم العين[(٣)].

وقد وافقهم الشافعية على ذلك في إجارة العين دون إجارة الذمة فإنه يجب تعجيلها[(٤)].

---

(١) انظر العناية شرح الهداية (٩/ ٦٦)، الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٣)، البحر الرائق (٥/ ٥)، تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦).
وقال ابن حزم في المحلى، مسألة (١٢٩٩): «كل ما عمل الأجير شيئًا مما استؤجر لعمله استحق من الأجرة بقدر ما عمل، فله طلب ذلك وأخذه، وله تأخيره بغير شرط حتى يتم عمله أو يتم منه جملة ما؛ لأن الأجرة إنما هي على العمل فلكل جزء من العمل جزء من الأجرة. وكذلك كل ما استغل المستأجر الشيء الذي استأجر فعليه من الإجارة بقدر ذلك أيضًا».

(٢) انظر التاج والإكليل (٥/ ٣٩٣)، الشرح الكبير (٤/ ٤)، مواهب الجليل (٥/ ٣٩٤).

(٣) المغني (٥/ ٢٥٧)، كشاف القناع (٤/ ٤٠)، الفروع لابن مفلح (٤/ ٤٢٤، ٤٢٥)، الإنصاف (٦/ ٨١).

(٤) فتح الوهاب (١/ ٤٢٣)، حاشية الجمل (٣/ ٥٣٥)، الحاوي الكبير (٧/ ٣٩٦)، الوسيط (٤/ ١٥٦).

وقد ذكرت أدلة الفريقين في عقد الإجارة فارجع إليه إن شئت، وقد رجحت فيه مذهب الشافعية والحنابلة.

وإذا عرفنا متى يملك المقاول الأجرة، فإن عمل المقاول واجب في ذمته، وهذا يختلف عن إجارة العين، لهذا رأى المالكية والشافعية وجوب تقديم الأجرة حتى لا يكون ذلك من باب بيع الدين بالدين، فالعمل دين في ذمة المقاول، فإذا تأخر تسليم الأجرة كانت الأجرة دينًا في ذمة المالك، فأدى ذلك إلى بيع الدين بالدين، ولأهمية المسألة هذه سوف أفرد لها بحثًا مستقلًا إن شاء الله تعالى.



الفرع الثاني
في شروط الأجرة

الشرط الأول
في معرفة الأجرة

[م-٧٧٨] سبق لنا أن ذكرنا شروط الثمن في عقد البيع، وكل ما يشترط في ثمن المبيع يشترط في الأجرة. من ذلك معرفة الأجرة.

وعقد المقاولة عقد معاوضة فالعمل من المقاول مقابل بالأجرة، ولا خلاف في وجوب معرفة عمل المقاول، فهل يجب في الأجرة أن تكون معلومة باعتبارها أحد العوضين؟ أو يجوز الدخول في عقد المقاولة دون بيان الأجرة، كما لو تمت المقاولة عن طريق المعاطاة بأن يعطي أحدهم قطعة قماش لآخر ليخيطها ثوبًا، ولم يذكر الأجرة. أو أحال بالأجرة على ما هو متعارف عليه، كأن يقول: اصنع لي دارًا بمثل ما تصنع للناس، أو يقول: اعمل لي كذا وكذا وسأرضيك؟

هذه المسألة اختلف العلماء فيها على أربعة أقوال:

القول الأول:

إذا كانت الأجرة مجهولة تصح المقاولة، وله أجر المثل مطلقًا، أي سواء كان منتصبًا للعمل أم لا، وهو مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، وقول في

(١) المبسوط (١٥/ ١٨١)، وقال في الجوهرة النيرة (١/ ٢٧٢): «إذا استأجر على دابة أو ثوب، أو استأجر دارًا على أن يعمرها فإنه يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ إجماعًا، وكذا إذا استأجر أجيرًا ولم يسم له أجرًا يجب له أجر المثل بالغًا ما بلغ».

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٣٩٠)، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٥/ ٣٩٠)، كفاية =

مذهب الشافعية[١]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٢]، واختاره ابن تيمية[٣]، ونسبه ابن القيم إلى الجمهور[٤].

القول الثاني:

ليس له أجر مطلقًا، سواء كان معروفًا بذلك العمل أم لا، وهو الأصح في مذهب الشافعية[٥].

القول الثالث:

إن كان منتصبًا للعمل فله أجر المثل، وإن لم يكن منتصبًا فليس له أجرة، وهو قول في مذهب الحنفية[٦]، . . . .

= الطالب (٢/ ٢٤٨)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩١)، شرح ميارة (٢/ ١٠٢).

(١) نهاية المحتاج (٥/ ٣١١).

(٢) قال في الإنصاف (٦/ ١٧): «الصحيح من المذهب أن له الأجر مطلقًا، وعليه جماهير الأصحاب».
وقوله (مطلقًا) الإطلاق هنا يعني سواء كان له عادة بأخذ الأجرة أم لا.
وانظر الفروع (٤/ ٤٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤٧)، كشاف القناع (٣/ ٥٥٥).

(٣) الفتاوى الكبرى (٤/ ١٦٣، ١٦٤).

(٤) قال ابن القيم في إعلام الموقعين (٣/ ٣): «لو دفع ثوبه إلى من يعرف أنه يغسل، أو يخيط بالأجرة، أو عجينه لمن يخبزه، أو لحمًا لمن يطبخه، أو حبًا لمن يطحنه، أو متاعًا لمن يحمله ونحو ذلك ممن نصب نفسه للأجرة على ذلك وجب له أجرة مثله، وإن لم يشترط معه ذلك لفظًا عند جمهور أهل العلم».

(٥) جاء في أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥): «لو دفع ثوبًا إلى قصار ونحوه كخياط وغسال بلا استئجار أي بغير ذكر ما يقتضي أجرة ليقصره، أو ليخيطه، أو ليغسله، فقصره، أو خاطه أو غسله فالثوب أمانة في يده، ولا أجرة له ولو كان معروفًا بذلك العمل بأجر».
وانظر مغني المحتاج (٢/ ٣٥٢)، نهاية المحتاج (٥/ ٣١١).

(٦) جاء في الفتاوى الهندية (٤/ ٥٢١): «إذا قال للحمال: احمل هذا إلى بيتي، أو قال =

قول في مذهب الشافعية[١]، واختاره ابن قدامة من الحنابلة[٢].

القول الرابع:

له أجرة المثل إذا لم يكن من أهل التبرع كالمحجور عليه لسفه، والعبد[٣].

☐ دليل من قال يصح وله أجرة المثل مطلقًا:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وجه الاستدلال:

قال ابن القيم: «أوجب الله ﷻ على الآباء إيتاء المراضع أجرهن بمجرد الإرضاع، وإن لم يعقدوا معهن عقد إجارة»[٤].

الدليل الثاني:

(ح-٥٤٩) ما رواه البخاري من طريق مالك، عن حميد، عن أنس بن مالك ﷺ، قال: حجم أبو طيبة رسول الله ﷺ فأمر له بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا من خراجه[٥].

= للخياط: خطه. إن كان الخياط معروفًا بأنه يخيط بأجر، والحمال كذلك يجب الأجر، وما لا فلا».

(١) نهاية المحتاج (٥/ ٣١١، ٣١٢).

(٢) المغني (٥/ ٣٢٦)، الإنصاف (٦/ ١٦، ١٧).

(٣) نهاية المحتاج (٥/ ٣١١)، أسنى المطالب (٢/ ٤٢٦).

(٤) إعلام الموقعين (٣/ ٤).

(٥) صحيح البخاري (١٩٦٠)، وهو في مسلم بنحوه (٢٩٥٢).

وجه الاستدلال:

قوله (حجم. . فأمر له بصاع) ظاهر بأن أبا طيبة قد حجم رسول الله ﷺ ولم يذكر أجرًا، لأن الأمر له بالصاع جاء بعد الحجامة.

الدليل الثالث:

إذا كان الشارع قد جوز النكاح بدون تسمية المهر، قال تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية.

قال ابن العربي: «لما قسم الله تعالى حال المطلقة إلى قسمين: مطلقة سمي لها فرض، ومطلقة لم يسم لها فرض، دل على أن نكاح التفويض جائز، وهو كل نكاح عُقِدَ من غير ذكر الصداق، ولا خلاف فيه»(١).

ولها مهر مثلها، فكون الإجارة تجوز بثمن المثل من باب أولى؛ لأن المبيع في عقد المقاولة يوجد مثله كثيرًا، بخلاف المرأة فإن وجود مثلها من نسائها في صفاتها المقصودة من كل وجه قد يتعذر.

وقد يجاب: بأن النكاح لا يشبه الإجارة.

قال ابن حزم: «ما ندري في أي وجه يشبه النكاح البيوع بل هو خلافه جملة؛ لأن البيع نقل ملك، وليس في النكاح ملك أصلًا. . . والخيار جائز عندهم في البيع مدة مسماة، ولا يجوز في النكاح، والبيع بترك رؤية المبيع، وترك وصفه باطل لا يجوز أصلًا، والنكاح بترك رؤية المنكوحة وترك وصفها جائز. . . فبطل تشبيه النكاح بالبيع جملة»(٢).

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٢٩٢).

(٢) المحلى (٩/ ٢٨٥).

الدليل الرابع:

أن في المنع من ذلك فيه تضييقًا على الناس، وحرجًا في الدين، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨](١).

قال ابن القيم: «حتى عند المنكرين لذلك، فإنهم ينكرونه بألسنتهم، ولا يمكنهم العمل إلا به...»(٢).

الدليل الخامس:

القياس على الهبة بشرط الثواب، فهي عقد معاوضة عند الفقهاء، وقد قال بعضهم بصحتها مع أنه لم يذكر فيها الثمن.

الدليل السادس:

يقول ابن القيم: «هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس، آخذ بما يأخذ به غيري»(٣).

الدليل السابع:

أن عدم ذكر الثمن لا يؤدي إلى النزاع، ويمكن الوقوف عليه، فهو كما لو قال: بعت عليك هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح البيع، وإن كانت جملة الثمن في الحال مجهولة، لكن بالإمكان معرفتها بعد كيلها، وهذا بالإمكان معرفة الثمن بعد الرجوع إلى السوق، أو الرجوع إلى التاجر المعروف.

---

(١) مواهب الجليل (٥/ ٣٩٠).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٣).

(٣) إعلام الموقعين (٤/ ٥، ٦).

❑ دليل من قال: ليس له أجرة مطلقًا:

الدليل الأول:

(ح-٥٥٠) ما رواه الإمام أحمد، قال: حدثنا أبو كامل، عن حماد، عن إبراهيم، عن أبي سعيد الخدري، **أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره... الحديث**[1].

[ضعيف، والمعروف عن إبراهيم، عن أبي سعيد من قوله، وهو مع ذلك منقطع][2].

---

(١) المسند (٣/ ٥٩).

(٢) وأخرجه أحمد (٣/ ٦٨) قال: حدثنا سريج. وأخرجه أيضًا (٣/ ٧١) قال: حدثنا حسن.
وأخرجه أبو داود في المراسيل (١٨١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل.
أربعتهم (أبو كامل، وسريج، وحسن بن موسى، وموسى بن إسماعيل) عن حماد بن سلمة، عن حماد بن أبي سليمان، عن إبراهيم النخعي به.
وخالف شعبة حماد بن سلمة، فرواه النسائي (٣٨٥٧) وفي الكبرى (٤٦٧٣) من طريق شعبة، عن حماد، عن إبراهيم، عن أبي سعيد قال: إذا استأجرت أجيرًا فأعلمه أجره.
وهذا موقوف مع أنه منقطع، إبراهيم لم يسمع من أبي سعيد.
ورواه الثوري عن حماد بن أبي سليمان مرة مرفوعًا، ومرة موقوفًا مما يبين أن التخليط كان من حماد بن أبي سليمان عليه رحمة الله وليس من حماد بن سلمة.
فرواه ابن أبي شيبة كما في المصنف (٢١١٠٩) من طريق الثوري، عن حماد، عن إبراهيم وأبي سعيد، قالا: من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره. وهذا موقوف منقطع.
وقال عبد الرزاق كما في المصنف (١٥٠٢٤) قلت للثوري: أسمعت حمادًا يحدث عن إبراهيم، عن أبي سعيد أن النبي ﷺ قال: من استأجر أجيرًا فليسم له أجره؟ قال: نعم. وحدث به مرة أخرى فلم يبلغ به النبي ﷺ.
كما أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٥٠٢٣)، قال: أخبرنا معمر والثوري، عن حماد (يعني ابن أبي سليمان) عن إبراهيم، وأبي سعيد الخدري أو أحدهما أن النبي ﷺ قال: من استأجر أجيرًا فليسم له إجارته. =

الدليل الثاني:

قالوا: إذا لم يشترط المقاول الأجرة كان متبرعًا، والمتبرع لا يستحق الأجرة.

ويناقش:

بأن البيع بالمعاطاة جائز على الصحيح، وليس فيه ذكر للثمن، ولم يعتبر البيع بهذه الصيغة تبرعًا، فكذلك هنا.

❑ دليل من قال له الأجرة إن كان منتصبًا للعمل:

أنه لما كان منتصبًا للعمل كان العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، فصار كنقد البلد، وكما لو دخل حمامًا، أو جلس في سفينة ملاح؛ لأن شاهد الحال يقتضيه، فصار كالتعويض، فإن لم يكن منتصبًا لم يستحق الأجرة إلا بالشرط؛ لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد، فصار كما لو تبرع به، أو عمله بغير إذن مالكه[1].

= ورواه أبو حنيفة كما في مسنده (ص٨٩) عن حماد، عن إبراهيم، عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة. فهذه الطرق تخرج حماد بن سلمة من العهدة، وتجعل الخطأ من حماد بن أبي سليمان، والله أعلم.

قال أبو زرعة كما في العلل لابن أبي حاتم (١١١٨): «الصحيح موقوف عن أبي سعيد؛ لأن الثوري أحفظ». يقصد بالصحيح والله أعلم أن الموقوف أصح، وليس الصحة المطلقة؛ لأن الموقوف أيضًا فيه انقطاع حيث لم يسمع إبراهيم النخعي من أبي سعيد الخدري.

كما رواه البيهقي في السنن (٦/ ١٢٠) من طريق أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، عن الأسود، عن أبي هريرة. فوصله. وهو وهم.

وله شاهد من حديث ابن مسعود إلا أنه ضعيف جدًا فلا يعتبر به، أخرجه الدارقطني في الأفراد كما في أطراف ابن طاهر (٣٧٢٣) والديلمي (١٢١٤) قال المناوي (١/ ٢٧٣) فيه عبد الأعلى بن أبي المساور. قال أبو داود والنسائي: متروك.

(١) المغني (٥/ ٣٢٦).

❑ دليل من قال: تثبت الأجرة للأجير إذا لم يكن من أهل التبرع:

إذا عمل دون أن يذكر أجرة كان عمله متبرعًا إلا أنه يشترط لصحة التبرع أن يصدر من أهله، فإذا كان الأجير ليس أهلًا للتبرع لكونه مملوكًا، أو لكونه محجورًا عليه لسفه مثلًا استحق أجرة المثل؛ لأن تبرعه غير معتبر.

❑ الراجح:

جواز الإجارة من غير ذكر الأجرة، لأن المتعاقدين حين تعاقدا من غير ذكر الأجرة كان لسان حالهما أنهما قد تراضيا في الرجوع إلى أجرة المثل، فإذا تراضيا على ذلك جاز، والأجرة وإن لم تكن مقدرة هنا لكنها قابلة للتقدير، كما أن الرجوع إلى أجرة المثل أدعى للعدل مما لو تعاقدا على أجر مسمى، فقد يغبن أحدهما الآخر، ولا زال الناس يتعاملون في البيع بمثل ذلك، فيأخذ الرجل حاجته من البقال أو اللحام أو الفاكهي، ولا يتفقان على ثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبه في آخر الشهر، وكان هذا البيع صورة من صور بيع المعاطاة، وما جاز في ثمن المبيع جاز في الأجرة. وقد سبق أن ناقشت البيع بدون ذكر الثمن، ورجحت جوازه، فارجع إليه إن شئت في عقد البيع، والله أعلم.



الشرط الثاني
في اشتراط تعجيل الأجرة إذا كانت معينة

[م-٧٧٩] اشترط الجمهور تعجيل الأجرة إذا كانت معينة، وليست في الذمة كما لو استأجر أجيرًا بشيء بعينه من عين أو عرض، أو حيوان(١).

وعللوا ذلك: بأنه يترتب على تأخيرها غرر، فالعين المعينة عرضة للتلف، أو لتغير أوصافها مما يفضي إلى النزاع.

ولأن الله ﷻ قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فالآية تدل على جواز التأجيل في الديون، ولم يرد في النصوص ما يشير إلى جواز تأجيل الأعيان، ولهذا قال الكاساني في البدائع «التأجيل يلائم الديون، ولا يلائم الأعيان»(٢).

وقال ابن عابدين: «الأعيان لا تقبل التأجيل»(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٥٨)، التاج والإكليل (٥/ ٣٩٣)، الخرشي (٧/ ٣)، الشرح الكبير (٤/ ٣)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص٢٣٦)، شرح البهجة (٣/ ٣١٣).

(٢) وتمام كلامه ﷺ، قال في البدائع (٥/ ١٧٤): «ومنها: شرط الأجل في المبيع العين، والثمن العين، وهو أن يضرب لتسليمها أجل؛ لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلًا؛ لأنه تغيير مقتضى العقد؛ لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال، فكان مغيرًا مقتضى العقد، إلا أنه شرط نظر لصاحب الأجل لضرورة العدم ترفيهًا له وتمكينًا من اكتساب الثمن في المدة المضروبة، ولا ضرورة في الأعيان، فبقي التأجيل فيها تغييرًا محضا لمقتضى العقد، فيوجب فساد العقد، ويجوز في المبيع الدين، وهو السلم، بل لا يجوز بدونه عندنا على ما نذكره في موضعه، وكذا يجوز في الثمن الدين، وهو بيع الدين بالدين؛ لأن التأجيل يلائم الديون، ولا يلائم الأعيان؛ لمساس حاجة الناس إليه في الديون، لا في الأعيان على ما بينا».

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٥٨)، وانظر فتح القدير (٦/ ٤٤٨)، الفتاوى الهندية (٣/ ٤).

وقال الرملي: «الأعيان لا تقبل التأجيل ثمنًا، ولا مثمنًا»[١].

وقال ابن رشد في بداية المجتهد: «وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر الصفقة»[٢].

والأجرة نوع من البيع؛ إلا أنها من قبيل بيع المنافع.

وجاء في المجموع: «قال أصحابنا: إنما يجوز الأجل إذا كان العوض في الذمة، فأما إذا أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين، بأن قال: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا، فالعقد باطل»[٣].

وعلل الحنفية والشافعية المنع من التأجيل في المعين بأنه إنما شرع الأجل من أجل التحصيل، فإذا كان معينًا فقد تم تحصيله فلا حاجة له.

قال في العناية: «الأجل في المبيع العين باطل لإفضائه إلى تحصيل الحاصل، فإنه شرع ترفيهًا في تحصيله باتساع المدة، فإذا كان المبيع أو الثمن حاصلًا كان الأجل لتحصيل الحاصل..»[٤].

وقال السيوطي: «الأجل شرع رفقًا للتحصيل، والمعين حاصل»[٥].

وعلل السمرقندي أن الأجل في المعين لا يفيد، فقال: «ومنها: أن يشترط الأجل في المبيع العين، أو الثمن العين؛ لأن الأجل في الأعيان لا يفيد، فلا يصح، فيكون شرطًا لا يقتضيه العقد، فيفسد البيع»[٦].

---

(١) نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٤).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ١١٧)، وانظر المنتقى للباجي (٥/ ١١٥).
(٣) المجموع (٩/ ٤١٣).
(٤) العناية (٦/ ٤٤٨).
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٣٢٩).
(٦) تحفة الفقهاء (٢/ ٤٩).

وقد حكي في ذلك الإجماع، فإن صح الإجماع فهو حجة وإلا فالنظر لا يمنع من تأجيل المعين، وإذا جاز على الصحيح أن يبيع الدار ويستثني سكناها مدة معلومة، وهذا يقتضي عدم تسليم المعين، وما جاز في البيع جاز في الإجارة، كما تجوز الإجارة على مدة لا تلي العقد على الصحيح، وهذا يعني تأخير تسليم المعين.

وقد بحثت هذا الشرط في كتاب الشروط في البيع (اشتراط التأجيل في العقد) فانظره هناك.



الشرط الثالث
في تأجيل الأجرة إذا كانت
الإجارة على عمل في الذمة

يجوز تعجيل الأجرة، ويجب التعجيل بالشرط، وهذا مما لا خلاف فيه، وقد بحثت ذلك في عقد الإجارة.

وهل يجوز اشتراط التأجيل مع أن عقد المقاولة عقد يرد على العمل، والعمل حين العقد متعلق في ذمة المقاول وليس في عين معينة؟

وللجواب عن ذلك يقال:

[م-٧٨٠] إن قدم المقاول المواد والعمل فالعقد يوصف عند الحنفية بأنه عقد استصناع، ويجوز عند الحنفية تأخير الأجرة في عقد الاستصناع.

ويوصف عند الجمهور بأنه سلم، ويشترطون لجوازه أن تتوفر فيه شروط السلم، ومن ذلك تعجيل الثمن.

وسبق تحرير هذه المسألة في عقد الاستصناع فأغنى عن إعادته هنا.

والراجح مذهب الحنفية، وأن عقد الاستصناع يختلف عن عقد السلم، والله أعلم.

[م-٧٨١] وإن قدم رب المال المواد، فالمقاول أجير مشترك، والإجارة على عمل في الذمة، فهل يصح تأجيل الأجرة والعمل دين في ذمة المقاول؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يصح اشتراط تأجيل الأجرة، بل إن المقاول لا يستحق الأجرة إلا إذا فرغ من

العمل. وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة، وقول في مذهب الشافعية[١].

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وجه الاستدلال:

أن الآية تأمر بإيتاء الأجر بعد الإرضاع، فدل على جواز تأخير الأجرة.

وأجيب:

بأن الإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤]. والصداق يجب قبل الاستمتاع.

الدليل الثاني:

(ح-٥٥١) ما رواه البخاري من طريق سعيد بن أبي سعيد، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: **قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا، فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه، ولم يعط أجره**[٢].

وجه الاستدلال:

لو كان تقديم الأجرة شرطًا ما صح أن يستوفي منه حتى يعطيه أجره، فدل على صحة أن يستوفي المستأجر من الأجير قبل دفع الأجر.

---

(١) البناية للعيني (٩/ ٢٨٩)، البحر الرائق (٨/ ٧)، فتح القدير (٩/ ٦٦)، الإنصاف (٦/ ٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣١١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨٨).

(٢) البخاري (٢٢٢٧).

الدليل الثالث:

(ح-٥٥٢) ما رواه الطحاوي في مشكل الآثار من طريق محمد بن عمار المؤذن، عن المقبري، عن أبي هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: **أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**[1].

[أكثر طرقه لا تخلو من ضعف، وبعضها ضعيف جدًا، وأرجو أن يكون حسنًا بمجموع طرقه][2].

---

(١) مشكل الآثار (٣٠١٤).

(٢) هذا الإسناد هو أمثل إسناد روي فيه هذا الحديث، ورجاله ثقات إلا محمد بن عمار ابن حفص المؤذن والأكثر على أنه لا بأس به.

قال فيه أحمد بن حنبل: ما أرى به بأسًا. الجرح والتعديل (٨/ ٤٣).

وقال يحيى بن معين: ليس به بأس. المرجع السابق.

وقال أبو حاتم الرازي: شيخ ليس به بأس، يكتب حديثه. المرجع السابق.

وقال علي بن المديني: ثقة. تهذيب الكمال (٢٦/ ١٦٤). لسان الميزان (٧/ ٣٦٩).

وذكره ابن حبان في الثقات (٧/ ٤٣٦) وقال: كان ممن يخطئ ويتفرد.

وذكره البخاري في الضعفاء. وقال فيه الذهبي: تكلم فيه البخاري وغيره، ووثق. المغني في الضعفاء (٢/ ٦١٨).

وذكر ابن عدي في الكامل أحاديث منها هذا الحديث وعده من منكراته، وقال: وهذه الأحاديث تعرف بمحمد بن عمار هذا. الكامل (٦/ ٢٣٠).

وجاء في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٨٦): «قال ابن طاهر: يعرف محمد بن عمار بهذا وليس بالمحفوظ». وانظر نصب الراية (٤/ ١٣٠).

والحديث رواه ابن عدي في الكامل (٦/ ٢٣٠)، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (١/ ٢٢١)، والبيهقي (٦/ ١٢١) من طريق محمد بن عمار المؤذن به.

ورواه أبو يعلى (٦٦٨٢)، وابن عدي في الكامل (٤/ ١٧٩)، والبيهقي (٦/ ١٢١) وتمام في الفوائد (٤٤) وابن عساكر في تاريخ دمشق (٥١/ ٣٠) من طريق عبد الله بن جعفر، حدثنا سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة. وعبد الله بن جعفر والد علي بن المديني، وهو ضعيف.

=

. . . .

= ورواه أبو نعيم في الحلية (٧/ ١٤٢) وتمام في الفوائد (١٤١٢) وابن عساكر في تاريخ دمشق (٥/ ٥٩) من طريقين عن أبي عبيد الله أحمد بن الحسن السكوني، ثنا أحمد بن بديل، ثنا عبد العزيز بن أبان، عن سفيان، عن سهيل بن أبي صالح به.
قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٨٦): «أخرجه أبو نعيم في ترجمة الثوري، فأورده من طريقه عن سهيل، وفي إسناده إلى الثوري ضعف شديد...».
وقد ذكره البغوي في المصابيح في قسم الحسان.
وله شاهد من حديث ابن عمر.
رواه ابن ماجه (٢٤٣٤) والشهاب القضاعي في مسنده (١/ ٤٣٣) رقم: ٧٤٤ .
من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر.
قال في كشف الخفاء (٤١٥) رواه ابن ماجه بإسناد جيد عن ابن عمر. اهـ
وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم قد ضعفه أئمة الجرح والتعديل.
وقد خالف عبد الرحمن من هو أمثل منه، فرواه حميد بن زنجويه في الأموال (٢٠٩١) وابن عدي في الكامل (٥/ ١٧٢) من طريق عثمان بن عثمان الغطفاني، عن زيد بن أسلم، عن عطاء ابن يسار، عن النبي ﷺ. وهذا مرسل.
والغطفاني، قال ابن أبي حاتم: سمعت أبي وقيل له: إن يحيى بن معين يقول: عثمان بن عثمان الغطفاني ثقة. فقال: هو شيخ يكتب حديثه.
وقال عبد الله بن أحمد: قال أبي عثمان بن عثمان رجل صالح خير من الثقات.
وقال أبو زرعة: لا بأس به.
وقال النسائي: ليس بالقوي.
وقال البخاري: مضطرب الحديث.
وفي التقريب: صدوق ربما وهم.
ورواه عاصم بن سليمان البصري كما في الكامل لابن عدي (٥/ ٢٣٨) عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. وعاصم بن سليمان كان يضع الحديث.
وله شاهد آخر من حديث جابر.
أخرجه الخطيب (٥/ ٣٣)، والطبراني في الصغير (٣٤)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٥٣/ ٤٩) من طريق محمد بن زياد الكلبي، عن شرقي بن القطامي، عن أبي الزبير، عن جابر. =

الدليل الرابع:

الإجارة في الذمة ترد على العمل، والعامل قبل تقديم عمله لا يستحق ما يقابله، لأن الأجرة عوض، فلا يستحق قبضها إلا مع تسليم المعوض، كالصداق، والثمن في المبيع، واستحقاقه إنما يكون بفراغه منه.

القول الثاني:

يجب تقديم الأجرة إذا كان المعقود عليه في ذمة المقاول، وهو مذهب المالكية، والأصح عند الشافعية[1].

واستثنى المالكية إذا شرع المستأجر في استيفاء المنفعة في خلال ثلاثة أيام من تاريخ العقد فيجوز تأخير الأجرة.

❑ **وجه اشتراط المالكية والشافعية تعجيل الثمن:**

الإجارة في الذمة تعتبر من قبيل السلم في المنافع، والسلم يشترط له تعجيل الثمن حتى لا يكون ذلك من باب بيع الدين بالدين.

= قال الطبراني: لم يروه عن أبي الزبير إلا شرقي، تفرد به محمد بن زياد.
قال ابن طاهر: «شرقي منكر الحديث». انظر نصب الراية (٤/ ١٣٠).
ومحمد بن زياد ضعيف.
انظر الجرح والتعديل (٧/ ٢٥٨)، تاريخ بغداد (٥/ ٢٨١).
وله شاهد من حديث أنس:
ذكره الحكيم (١/ ١١٦). قال المناوي (١/ ٥٦٢): «الحديث طرقه كلها لا تخلو من ضعيف أو متروك، لكن بمجموعها يصير الحديث حسنًا».
وقال ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٣٧) هذا الحديث مروي من طرق كلها ضعيفة... ثم ذكر طرق الحديث.

(١) مواهب الجليل (٥/ ٣٩٥)، المهذب (١/ ٤٠٦)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤).

وأجاز المالكية تأخير الأجرة إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة؛ لأن المستأجر بالشروع في الاستيفاء يعد مستوفيًا لها، فخرج من كونه بيع دين بدين.

❑ الراجح:

اختلاف الفقهاء سببه أن الإجارة إذا كانت على عمل في الذمة هل تعتبر من قبيل السلم في المنافع، والسلم يشترط له تعجيل الثمن حتى لا يكون ذلك من باب بيع الكالئ بالكالئ؟ أو لا يعتبر ذلك باعتبار أن الأجرة لا تستحق بالعقد، وإنما تستحق إما بالفراغ من العمل، أو بحسب استيفاء المنفعة شيئًا فشيئًا، فاختلف ذلك عن بيع السلم، ومسألة: متى تستحق الأجرة مسألة خلافية تعرضت لها في عقد الإجارة في مبحث مستقل، وحررت القول الراجح فيها.

وما ذهب إليه الحنفية والحنابلة هو الراجح؛ لسببين:

الأول: أن المالكية قالوا بتعجيل الأجرة قياسًا على السلم، ومع ذلك لم يطبقوا عليها أحكام السلم من كل وجه، فالسلم الحال لا يجوز عند المالكية، وتعجيل الإجارة فيما إذا كانت على عمل في الذمة جائز عندهم، وهذا يبين أن الإجارة على الذمة لا تأخذ حكم السلم من كل وجه.

قال الباجي في المنتقى: «فأما الكراء المضمون (ما كان في الذمة) فإنه يجوز أن يكون معجلًا بخلاف السلم على المشهور من المذهب، ووجه ذلك أن المنافع هذا حكمها لا يجوز أن يعقد منها إلا على موجود مع الإجماع على جوازه فيمن يعتبر بقوله، ولذلك قال تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧]، فإذا ثبت ذلك فالتعيين في العين

المعقود على منافعها إنما هو تعيين لعين المعقود عليه، فإذا جاز العقد على منافع دابة معينة مؤجلة فكذلك على منافع دابة غير معينة»[١].

الثاني: أن تأخير الأجرة هو الذي يقتضيه حال الناس اليوم لكون الإجارة لم تكن على ثوب يقدمه صاحبه إلى حائك، وإنما بلغت الإجارة اليوم على أعمال مكلفة جدًا، كإنشاء مطارات، وسكك حديدية، وأبراج ضخمة، فلو عجلت الأجرة لخيف من أن يتهاون الأجير في الالتزام بالعمل المطلوب، والله أعلم.



(١) المنتقى للباجي (٥/ ١١٥، ١١٦).

الشرط الرابع
في أجرة المقاول إذا كانت منفعة

[م-٧٨٢] اختلف الفقهاء في جواز أن تكون أجرة المقاول منفعة على قولين:

القول الأول: مذهب الحنفية:

إن قدم المقاول المواد والعمل فالعقد يوصف عند الحنفية بأنه عقد استصناع، ولا يصح في عقد الاستصناع عندهم أن تكون الأجرة منفعة.

□ وجه ذلك:

أن الاستصناع عند جمهور الحنفية نوع من البيع، والمنفعة لا تصح أن تكون ثمنًا في البيع عندهم.

وإن قدم المقاول العمل فقط، والمواد من صاحب العمل، فالمقاول أجير مشترك، فيجوز أن تكون المنفعة أجرة، ولكن يشترط فيها عند الحنفية ألا تكون من جنس المعقود عليه.

فلا تصح المقاولة على حرث الأرض وزراعتها مقابل حرث أرض أخرى وزراعتها؛ لأن العوضين من جنس واحد، وتجوز المقاولة على زراعة الأرض بسكنى دار أخرى.

□ وجه ذلك:

أن الحنفية يحرمون النسيئة في كل ما اتحد جنسه وإن لم يكن مكيلًا أو موزونًا، فإذا كان عمل المقاول والأجرة من جنس واحد، وكان عمل المقاول معدومًا وقت العقد، وذلك يعني عدم التقابض وهذا يوقع في ربا النسيئة؛ لذلك اشترط الحنفية أن تكون الأجرة مخالفة لجنس المعقود عليه في عقد المقاولة.

وقد تكلمت عن أدلة الحنفية في جريان الربا في كل ما اتحد جنسه، وأجبت عنها فأغنى ذلك عن إعادتها هنا.

جاء في تبيين الحقائق: «صح أجرة ما لا يصح ثمنًا أيضًا كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمنًا، وتصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس، كاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض، وإن اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى، وكاستئجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى؛ لأن المنافع معدومة فيكون بيعًا بالنسيئة على ما قالوا، فلا يجوز ذلك في الجنس المتحد...»(١).

القول الثاني:

ذهب الجمهور إلى جواز أن تكون الأجرة منفعة مطلقًا من غير فرق بين أن تكون المواد من العامل أو من رب المال.

قال القرافي في الذخيرة: «تجوز سكنى دار بسكنى دار أخرى، وكل ما جاز إجارته جاز أجره، وقاله أحمد وفاقًا للشافعي قياسًا للمنافع على الأعيان، وجوزه أبو حنيفة في اختلاف الجنس كالسكنى بالخدمة، ومنعه مع اتحاده...»(٢).

وقال الشيرازي: «ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها؛ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع»(٣).

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦)، المبسوط (١٥/ ١٣٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٤)، بدائع الصنائع (٤/ ١٩٤)، فتح القدير (٩/ ٦٢)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٦٩)، البحر الرائق (٨/ ٣، ٢٨).
(٢) الذخيرة (٥/ ٣٩٠).
(٣) المهذب (١/ ٣٩٩).

وقال العز بن عبد السلام: «جوز الشافعي رحمه الله إجارة المنافع بالمنافع، وإن كانتا معدومتين، كما جوزت الشريعة عقد النكاح بتعليم القرآن، وهو مقابلة منفعة التعليم بمنفعة البضع، والتقدير زوجتكها بتعليم ما معك من القرآن، أو بتلقين ما معك من القرآن، وكما أنكح شعيب ابنته من موسى برعي عشر حجج مقابل منافع البضع بالرعي، كما قابل ﷺ منافع البضع بتعليم القرآن»(١).

وقال ابن قدامة: «كل ما جاز ثمنًا في البيع جاز عوضًا في الإجارة؛ لأنه عقد معاوضة أشبه البيع. فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينًا ومنفعة أخرى، سواء كان الجنس واحدًا، كمنفعة دار بمنفعة أخرى، أو مختلفًا، كمنفعة دار بمنفعة عبد.

قال أحمد: لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم. وبهذا كله قال الشافعي، قال الله تعالى إخبارًا عن شعيب أنه قال: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [القصص: ٢٧]، فجعل النكاح عوض الإجارة...»(٢).



(١) قواعد الأحكام (٢/ ١٤٤).

(٢) المغني (٥/ ٢٥٥).

الباب الرابع
في ضمان المقاول

الفصل الأول
في ضمان المقاول إذا كان متعهدًا بالمواد

[م-٧٨٣] إذا كان تعهد المقاول على صنع شيء معين، وكانت المواد من المقاول، فإن الشيء المقاول عليه ثابت في ذمة المقاول، وما ثبت في الذمة لا يلحقه عيب ولا تلف، وقد انعقد عقد المقاولة صحيحًا مستجمعًا لشروطه، وحق صاحب العمل أن يستلم الشيء المقاول عليه خاليًا من العيوب.

فإذا وجد رب العمل عيبًا في المصنوع فإن له خيار العيب إن شاء تجوز به، وإن شاء رده، وطالب المقاول ببدله سليمًا؛ لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة، فإذا لم يرض بالمعيب رجع إلى ما في الذمة قياسًا على ما قلناه في السلم والاستصناع(١).



(١) المبسوط (١٥/ ١٠٤، ١٠٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣)، المهذب (١/ ٤٠٥)، الوسيط (٤/ ١٨٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣٤٩).

الفصل الثاني
في ضمان المقاول إذا كانت المواد من رب المال

المبحث الأول
أن تكون العين في يد المقاول

[م-٧٨٤] لا خلاف بين الفقهاء في تضمين المقاول (الأجير المشترك) إذا تعدى أو فرط، فإن تلف ما في يده بلا تعد ولا تقصير، وكان الأجير قد قبض العين فهل يضمن؟

اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة، والحنابلة في المشهور إلى أن الأجير المشترك يضمن إن كان التلف بسبب يرجع إلى فعله سواء أكان متعديًا أم لا، وسواء تجاوز المعتاد أو لم يتجاوز، وأما ما تلف بسبب لا يرجع إلى فعله بل يرجع إلى الحفظ مثلًا ونحوه فلا يضمنه إن لم يكن منه تعد أو تفريط[1].

القول الثاني:

ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة إلى أن الأجير المشترك يضمن بالقبض مطلقًا سواء كان الهلاك بفعله أو

(١) انظر المبسوط (١٦/ ٩، ١٠) و(١٥/ ١٠٧)، بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٥)، الإنصاف (٦/ ٧٢)، المغني (٥/ ٣٠٥)، الفروع (٤/ ٤٥٠)، الروض المربع (٢/ ٣٢٨).

بغير فعله، وسواء كان متعديًا أو غير متعد، إلا إذا وقع التلف بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كحريق غالب، أو كان الأجير لم ينفرد باليد[١].

❑ وجه الاختلاف بين قول أبي حنيفة وقول صاحبيه:

يتفق هذا القول مع الذي قبله بتضمين الأجير ما كان بسبب فعله، وأدلتهم واحدة في هذا فلا نحتاج إلى إعادتها.

ويتفقان على أن الأجير لا يضمن إذا كان التلف بسبب لا يمكن التحرز منه كحريق غالب.

ويختلفان بالضمان إذا كان العيب لم يكن بسبب يرجع إلى الصنعة، وإنما يعود إلى الحفظ بسبب يمكنه التحرز منه.

فأبو حنيفة يرى أن الأجرة إنما هي في مقابل الصنعة فقط، والحفظ ليس داخلًا في العقد، وبالتالي إذا سرقت العين أو لحقها تلف أو عيب من غير فعل الأجير لم يضمن؛ لأن العقد لم يكن على الحفظ، فيده في الحفظ يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

وأما الصاحبان فيريان أن الحفظ مستحق على الأجير المشترك؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فكان العقد واردًا

---

(١) قال الكاساني (٤/ ٢١٠) «ثم عندهما إنما يجب الضمان على الأجير إذا هلك في يده؛ لأن العين إنما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة، فلما لم يوجد القبض لا يجب الضمان. . .».

انظر حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥)، تبيين الحقائق (٥/ ١٣٤)، روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨)، مختصر المزني (ص١٢٧)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٨٢)، قواعد ابن رجب (ص٢٠٩)، المبدع (٥/ ١١٠).

على الحفظ، ولأن عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه، فيضمن بالهلاك كما في الوديعة إذا كانت بأجر[١].

القول الثالث:

ذهب المالكية إلى أن الأصل في يد الأجير المشترك أنها يد أمانة، ولكن لما فسد الناس، وظهرت خيانة الأجراء ضمن الصناع، وكل من تقتضي المصلحة العامة تضمينه من الأجراء المشتركين حيث تقوم به التهمة. وهو من باب الاستحسان[٢].

«ووجه المصلحة فيه: أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط، وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين:

إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا، ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين»[٣].

وعلى هذا فضمان الصناع عند المالكية ضمان تهمة لا ضمان أصالة، ولا يضمن عند المالكية إلا بشروط، منها:

الأول: أن ينتصب للصنعة لدى عامة الناس، فلا ضمان على الصانع الخاص بجماعة.

---

(١) انظر العناية على الهداية (٩/ ١٢٢)، تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)، المنتقى للباجي (٦/ ٧١)، الفروق (٢/ ٢٠٧، ٢٠٨)، مواهب الجليل (٥/ ٤٣٠)، التاج والإكليل (٥/ ٤٣٠)، الخرشي (٧/ ٢٨).

(٣) الاعتصام للشاطبي (٢/ ١١٩).

والصانع المنتصب: هو من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها بسوقها أو داره، وغير المنتصب: هو من لم يقم نفسه لها، ولا منها معاشه[(١)].

الثاني: أن يغيب ربها عن الذات المصنوعة، فإن عمل الصانع في بيت رب السلعة، فلا ضمان عليه، جلس معه ربها أم لا، عمل بأجر أم لا، وكذا لو صنعت بحضرة ربها، ولو في محل الصانع.

الثالث: ألا تقوم بينة على ما ادعاه من تلف أو ضياع فإن قامت بينة بهلاكه بغير سببه فلا ضمان. وهذا يقوي أن ضمان الصناع عند المالكية ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة، لا ضمان أصالة[(٢)].

الرابع: أن يكون المصنوع مما يغاب عليه بأن يكون ثوبًا، أو حليًا، فلا ضمان على معلم الأطفال، أو البيطار إذا ادعى الأول هروب الولد، والثاني هروب أو تلف الدابة.

الخامس: ألا يكون في الصنعة تغرير، وإلا فلا ضمان، كنقش الفصوص وثقب اللؤلؤ، وتقويم السيوف، وحرق الخبز عند الفران، وتلف الثوب في قدر الصباغ، وما أشبه ذلك كالبيطار يطرح الدابة لكيها مثلًا فتموت، وكالخاتن لصبي يموت عند ختنه.

السادس: ألا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعًا على الصفة المطلوبة، ويتركه ربه اختيارًا فيضيع[(٣)].

---

(١) شرح حدود ابن عرفة (ص٤٠١).

(٢) حاشية الدسوقي (٤/ ٢٩).

(٣) انظر الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٠٠)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٤٣)، مواهب الجليل (٥/ ٤٣١، ٤٣٢)، منح الجليل (٧/ ٥٠٨).

القول الرابع:

يرى أن يد الأجير المشترك يد أمانة مطلقًا فلا يضمن ما تلف بعمله ما لم يتعد، وهو اختيار زفر من الحنفية، والأظهر عند الشافعية، وصوبه في الإنصاف والله أعلم[١].

وقد ذكرنا أدلة الأقوال في عقد الإجارة في باب تضمين الأجير المشتري، فأغنى ذلك عن إعادته هنا، وأرى أن مذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن هو أرجح الأقوال، وهو الذي يصلح للناس في هذه الأزمان مع خراب الذمم، وتهاون الناس في الحقوق، والله أعلم.



(١) انظر تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٤٤)، الأم (٦/ ١٧٤)، المهذب (١/ ٤٠٨)، الإنصاف (٦/ ٧٢).

المبحث الثاني
في ضمان المقاول والعين في يد صاحبها

[م-٧٨٥] إذا كان المقاول يعمل والعين في يد صاحبها لم يقبضها، فتلفت العين، فهل يضمن؟

اختلف الفقهاء في تضمينه على قولين:

القول الأول:

قالوا: لا يضمن الأجير المشترك إذا حدث العيب، والعين في يد مالكها، وهو قول الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، وقول في مذهب الحنابلة[١].

القول الثاني:

يضمن مطلقًا، ولو كان رب العمل شاهدًا، وهو المذهب عند الحنابلة[٢].

وانظر أدلة الأقوال في عقد الإجارة، في تضمين الأجير المشترك، فقد تم تحريره هناك، ولله الحمد.

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، البحر الرائق (٧/ ٣٠٣)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٧١٥)، الشرح الكبير (٤/ ٢٨)، الخرشي (٧/ ٢٨)، منح الجليل (٧/ ٥١٥)، مواهب الجليل (٥/ ٤٣١، ٤٣٢) المهذب (١/ ٤٠٨)، نهاية المحتاج (٥/ ٣١٠)، السراج الوهاج (ص٢٩٤)، أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥)، منهاج الطالبين (ص٧٧)، الفروع (٤/ ٤٥٠)، الإنصاف (٦/ ٧٢، ٧٣).

(٢) مطالب أولي النهى (٣/ ٦٧٩)، كشاف القناع (٤/ ٣٤)، الإنصاف (٦/ ٧٢، ٧٣)، المحرر (١/ ٣٥٨)، المبدع (٥/ ١٠٩)، الفروع (٤/ ٤٥٠).

الفصل الثالث
في صفة العيب المضمون

[م-٧٨٦] إذا أحدث المقاول عيبًا فإن كان بالإمكان تدارك ما أحدثه من عيب، وذلك بالقيام بإصلاح ذلك الشيء ففي هذه الحالة يحق لرب العمل أن يطالب المقاول إما بالتنفيذ العيني للعقد، أو فسخ العقد ورد البدل مع التعويض إن كان له مقتضٍ، ويترتب على ذلك مسؤولية المقاول عن الأضرار المتولدة عن فعله وصنعه.

وإن كان العيب ليس بالإمكان تداركه وإصلاحه، فإن المقاول يضمن بشرط أن يكون العيب مؤثرًا، وهذا شرط لا بد منه، ولا يختلف الفقهاء في الضمان إذا كان النقص كثيرًا، سواء كان ينقص العين، أو ينقص القيمة.

وإن كان العيب لا ينقص العين ولا القيمة، ومنفعته تامة فليس لرب العمل خيار في رد العين(١).

واختلفوا في النقص اليسير على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن كان العيب ينقص القيمة أَثَّر ذلك مطلقًا، يسيرًا كان، أو كثيرًا. وهذا مذهب الحنفية(٢)، . . . .

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٤٢)، الشرح الكبير (٣/ ١٠٨)، الخرشي (٥/ ١٢٦، ١٢٧)، مغني المحتاج (٢/ ٥١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤)، فتح القدير (٦/ ٣٥٧)، وقول الحنفية بأن ما ينقص القيمة يؤثر مطلقًا يقصدون به ما كان بدل مال، يبين ذلك ما ورد في الفتاوى الهندية (٣/ ٧٥): =

والمالكية[١]، وأحد القولين في مذهب الشافعية[٢]، ومذهب الحنابلة[٣].

= «كل عقد ينفسخ بالرد، ويكون مضمونًا بما يقابله يرد بالعيب اليسير والفاحش... وكل عقد لا ينفسخ بالرد، ويكون مضمونا بنفسه لا بما يقابله، كالمهر وبدل الخلع والقصاص، فإنه لا يرد بالعيب اليسير، وإنما يرد بالعيب الفاحش. هكذا في شرح الطحاوي».

(١) قسم المالكية العيوب ثلاثة أقسام:
قسم: لا يحط من الثمن شيئًا ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك منه.
والثاني: ما يحط من الثمن يسيرًا. والثالث: ما يحط من الثمن كثيرًا.
قال ابن رشد في المقدمات (٢/ ١٠١): «فأما ما لا يحط عن الثمن شيئًا ليسارته، أو لأن المبيع لاينفك منه، فإنه لا حكم له».
وانظر مواهب الجليل (٤٣٤، ٤٣٥)، المنتقى للباجي (٤/ ١٨٨)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٣)، التاج والإكليل (٤/ ٤٥٥)، شرح ميارة (٢/ ٣٣). الخرشي (٥/ ١٣٢).
وذكر صاحب الشرح الكبير (٣/ ١١٤) الرد بالعيب القليل كالكثير، واختلاف حكم اليسير عند المالكية بين العروض وبين الأصول (كالعقار) ليس راجعًا إلى عدم اعتبار اليسير، وإنما هو راجع إلى اختلاف الأثر المترتب على العيب بعد اعتبار أن العيب اليسير مؤثر مطلقًا، لكن يختلف أثره من اعتبار الرجوع في قيمة النقص، أو رد العين المعيبة، ليس إلا.

(٢) الضابط عند الشافعية في العيب المؤثر، ما ذكروه من قولهم: «ما نقص القيمة، أو العين نقصًا يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله عدمه».
انظر المجموع (١١/ ٥٤٨) فرأى بعض الشافعية: أن قولهم نقصًا يفوت به غرض صحيح راجع إلى العين خاصة، وبالتالي ما نقص من القيمة مؤثر مطلقًا، يسيرًا كان أو كثيرًا، وما نقص من العين، فإنه لا يؤثر إلا إن كان نقصًا يفوت به غرض صحيح.
قال في المجموع (١١/ ٥٤٨): «وإن لم يكتف بنقص العين، واشترط فوات غرض صحيح؛ لأنه لو قطع من فخذه، أو ساقه قطعة يسيرة، لا تورث شيئًا، ولا يفوت غرض، لايثبت الرد، ولهذا قال صاحب التقريب: إن قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد، وإلا فلا». وانظر السراج الوهاج (ص١٨٦).
وهناك قول آخر في مذهب الشافعية: أن قوله: يفوت به غرض صحيح راجع إلى القيمة والعين معًا، وبالتالي فالنقص اليسير الذي لا يفوت به غرض صحيح مما يتغابن الناس في مثله لا يؤثر، ولا يوجب الرد.

(٣) قال في الفروع (٤/ ١٠٤): «ويسير عيب مبيع كالكثير، وهو نسبة قدر النقص إلى قيمته =

قال في بدائع الصنائع: «فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانًا فاحشًا أو يسيرًا[(١)]، فهو عيب يوجب الخيار»[(٢)].

أضاف ابن الهمام: «وسواء كان ينقص العين، أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها، بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود الصحيح القوي على العمل...»[(٣)].

القول الثاني:

ما نقص من القيمة إن كان يسيرًا مما يتغابن الناس في مثله، فلا يؤثر، وهو قول في مذهب الشافعية[(٤)]، وقول في مذهب الحنابلة[(٥)]، واختاره ابن حزم.

= صحيحًا...». فقوله: «وهو نسبة قدر النقص» تبين أن المراد باليسير هنا ما ينقص القيمة، وإن قل، وليس مطلق العيب.
وقال في المغني (٤/ ١١٣): «فصل في معرفة العيوب: وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار؛ لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصًا فيها يكون عيبًا».
وقد أطلق النقص في المالية ليشمل الكثير واليسير، وفهم منه أن ما لا يوجب نقصًا في المالية فليس بعيب. اهـ

(١) يقصدون بنقصان الثمن نقصان القيمة، قال ابن عابدين في حاشيته (٥/ ٤): «المراد بالثمن: القيمة».

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤).

(٣) فتح القدير (٦/ ٣٥٧).

(٤) حاشية البجيرمي (٢/ ٢٤٨)، مغني المحتاج (٢/ ٥١)، نهاية المحتاج (٤/ ٣٣)، وقد أشرنا إلى هذا القول عند الكلام عن القول الأول في مذهب الشافعية، وبينا مخرج القولين.

(٥) الإنصاف (٤/ ٤٠٩).

القول الثالث:

النقص اليسير مؤثر مطلقًا، سواء نقص من القيمة، أم لا، اختاره بعض المالكية[١].

وقد سبق أن ذكرنا أدلة هذه الأقوال في خيار العيب فأغنى عن إعادته هنا.



(١) مواهب الجليل (٤/ ٤٥٥، ٤٥٦).

الفصل الرابع
في كيفية الضمان إذا كانت المواد من المقاول

[م-٧٨٧] إذا قلنا: إن المقاول ضامن، فكيف يكون الضمان؟

إذا كان تعهد المقاول على صنع شيء معين، وكانت المواد من المقاول، فالعقد يوصف بأنه عقد استصناع، والمصنوع في ذمة المقاول.

وصاحب العمل مخير بين أمرين:

الأمر الأول:

أن يرد الشيء المصنوع، وفي هذه الحال له أن يطالبه ببدله سليمًا، وذلك أن الشيء المقاول عليه ثابت في ذمة المقاول، وما ثبت في الذمة لا يلحقه عيب ولا تلف، وقد انعقد عقد المقاولة صحيحًا مستجمعًا لشروطه، وحق صاحب العمل أن يستلم الشيء المقاول عليه خاليًا من العيوب كما قلنا ذلك في المسلم فيه إذا تعذر(١).

وله أن يفسخ العقد معه، فإن كان صاحب العمل قد سلم الثمن مقدمًا كما هو شرط الجمهور في عقد الاستصناع فإن ضمان المقاول بهذه الحال يعني أن يرد المقاول الأجرة إن كان قبضها، وإن لم يسلم الثمن مقدمًا كما هو مذهب

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٧٢)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٠)، التاج والإكليل (٤/ ٥٣٦)، الشرح الكبير (٣/ ٢١٤)، الخرشي (٥/ ٢٢١)، الذخيرة (٥/ ٢٧٧)، الأم (٣/ ٨٦)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٩٥)، نهاية المحتاج (٤/ ١٩٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٦)، المغني (٤/ ١٩٦)، الإنصاف (٥/ ١٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٥).

الحنفية فلا يستحق المقاول شيئًا لعمله؛ لعدم إتيانه بالمعقود عليه على الصفة المشروطة[(١)].

الأمر الثاني:

أن يقبل صاحب العمل الشيء المصنوع، ويرضى بالعيب فلا خيار له، ولا يكفي اطلاعه على العيب بل لا بد أن يعلم أنه عيب في السلعة، فلو اطلع على العيب ورضي به، ولم يعلم أن مثله يعتبر عيبًا فلا يعتبر اطلاعه عليه رضا[(٢)].

والرضا بالعيب قسمان: صريح وكناية.

فالرضا الصريح: كأن يقول بعد اطلاعه على العيب رضيت به، أو أجزت، أو أبرأت الأجير، أو أسقطت خياري، فإذا نطق بالرضا فلا خيار له، وهذا باتفاق الفقهاء[(٣)].

لأن الرد حق له، فإذا أسقطه برضاه سقط.

ولأن الرد ثبت دفعًا للضرر عنه، فإذا رضي بالضرر جاز البيع.

قال ابن تيمية: «إذا ظهر ما يدل على الرضا من قول أو فعل سقط خياره بالاتفاق»[(٤)].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣، ٤) و (٤/ ٢١٦)، تبيين الحقائق (٥/ ١٢٠)، الخرشي (٧/ ٥٣، ٥٤)، الشرح الكبير (٤/ ٥٥، ٥٦)، أسنى المطالب (٢/ ٤٢٩)، المغني (٤/ ٢٠٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤).

(٣) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٣، ٣٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٥)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٦٦)، البحر الرائق (٦/ ٥٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢٠)، التاج والإكليل (٤/ ٤٤١)، الخرشي (٥/ ١٣٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٨٣)، الشرح الكبير (٣/ ١٢٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٥٤)، المغني (٤/ ١٠٩)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٤).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٦٦).

والرضا الضمني أو الكناية: بأن يصدر من صاحب العمل بعد العلم بالعيب فعل يدل على الرضا به، كما لو استغل المصنوع لغير ضرورة ولا تجربة[١]، أو عرضه للبيع.

فإن حصل مثل ذلك، فقيل: يسقط خياره، وهذا قول عامة أهل العلم[٢].

وقيل: لا يسقط خياره، وهو اختيار ابن حزم[٣].

وقد ذكرنا أدلتهم في خيار العيب فأغنى عن إعادته هنا.

❑ والراجح:

ما ذهب إليه الجمهور، وأن التصرف في المبيع واستعماله دليل على رضاه به معيبًا، إذ لو كان يرغب في رده لم يتصرف في مال غيره تصرف الملاك، فتصرفه في مال غيره مع رغبته في رده يعتبر من الاعتداء على مال الغير، فحماية لحق البائع اعتبر انتفاعه بمال غيره من قبيل الرضا بالعيب، وأن مثل هذا مسقط لخياره، والله أعلم.

---

(١) أما إذا استغل المبيع للضرورة، كما لو اشترى ثوبًا، فلبسه، ثم وقف على عيبه، وهو في السوق، ولو خلعه لانكشفت عورته، أو استخدمه للتجربة بعد أن وقف على عيبه، فإن في هاتين المسألتين خلافًا في كون مثل ذلك مانعًا من الرد، وقد سبق إفرادهما بالبحث في عقد البيع، ولله الحمد.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٧٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨١)، كشاف القناع (٣/ ٢٢٤).

قال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٢٠): «فإن استغل المبيع، أو عرضه على البيع، أو تصرف فيه تصرفًا دالًا على الرضا قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره. . . وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم».

(٣) قال ابن حزم في المحلى، مسألة (١٥٨٦): «ولا يسقط ما وجب له من الرد: تصرفه بعد علمه بالعيب بالوطء والاستخدام والركوب واللباس والسكنى، ولا معاناته إزالة العيب، ولا عرضه إياه على أهل العلم بذلك العيب، ولا تعريضه ذلك الشيء للبيع. . .».

الفصل الخامس
في كيفية الضمان إذا كانت المواد من رب العمل

[م-٧٨٨] إذا كان تعهد المقاول على العمل فقط، والعين من رب العمل، فالمقاول في العقد أجير، وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالأجير المشترك.

وقد اختلف العلماء في كيفية تضمين الأجير المشترك إلى ثلاثة أقوال.

القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المستأجر مخير بين أن يضمن الأجير المأجور غير معمول، ولا أجر له، وبين أن يضمنه معمولًا وله الأجر. وهذا مذهب الحنفية والحنابلة[١].

❑ وجه القول بالتخيير:

أن الجناية جاءت من الأجير على مال صاحب العمل فكان الخيار له دون غيره بين تضمينه غير معمول، ولا أجرة له؛ لأن الأجرة إنما تجب بالتسليم، ولم يوجد. وبين تضمينه إياه معمولًا، ويدفع له أجرته؛ لأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على الأجير فوات الأجرة وضمان ما يقابلها، ولأن المالك إذا ضمنه ذلك معمولًا يكون في معنى تسليم ذلك معمولًا، فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي.

(١) المبسوط (١٥/ ١٠٦)، الفتاوى الهندية (٤/ ٥٠١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٥)، المغني (٥/ ٣٠٧)، كشاف القناع (٤/ ٣٧)، الإنصاف (٦/ ٧٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣٣١)، المبدع (٥/ ١١٢)، المحرر (١/ ٣٥٨).

القول الثاني:

ذهب مالك أن الفساد إن كان يسيرًا فعليه قيمة ما أفسد، وإن كان الفساد كثيرًا ضمن قيمة ما أفسده يوم قبضه، وليس عليه أن يضمن قيمة العين مصنوعة.

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن استأجرت خياطًا يقطع لي قميصًا، ويخيطه لي فأفسده؟ قال: قال مالك إذا كان الفساد يسيرًا، فعليه قيمة ما أفسد، وإن كان الفساد كثيرًا ضمن قيمة الثوب، وكان الثوب للخياط...»[(١)].

وجاء في المدونة تحت عنوان (القضاء في تضمين الصناع) «قلت: أرأيت لو أني دفعت إلى قصار ثوبًا ليغسله لي، فغسله، أو دفعت إلى خياط ثوبا ليخيطه لي ففعل، ثم ضاع بعد ما فرغ من العمل، فأردت أن أضمنه في قول مالك، كيف أضمنه؟ أقيمته يوم قبضه مني أم أدفع إليه أجره وأضمنه قيمته بعد ما فرغ منه؟

قال: سألت مالكا أو سمعت مالكًا يسأل عن الرجل يدفع إلى القصار الثوب فيفرغ من عمله، وقد أحرقه، أو أفسده ماذا على العامل؟

قال: قيمته يوم دفعه إليه...

قلت: أرأيت إن قلت: أنا أضمنه قيمته مقصورًا وأؤدي إليه الكراء؟

قال: ليس لك أن تضمنه إلا قيمته يوم دفعته إليه أبيض؟

قال: وسألنا مالكا عن الخياطين إذا أفسدوا ما دفع إليهم؟

قال: عليهم قيمة الثياب يوم قبضوها»[(٢)].

وجاء في المنتقى: «إذا أفسد الخياط، أو القصار الثوب فسادًا يسيرًا، فقد

---

(١) المدونة (٤/ ٣٨٨).

(٢) المرجع السابق (٤/ ٣٨٧).

قال مالك في الموازية والمختصر: عليه ما نقصه بعد أن يرفأه، يقال: ما قيمته يوم دفعه إليه صحيحًا وما قيمته ذلك اليوم مرفوًا فيغرم ما بين ذلك، وإن كثر ضمن قيمته كله يوم دفعه إليه.

وروى ابن وهب عن مالك إذا أفسده بخياطة فله أن يضمنه قيمته يومه صحيحًا»[(١)].

القول الثالث:

اختلف الشافعية في كيفية تضمين تأجير المشترك بناء على اختلافهم في تضمينه:

جاء في المهذب: «فإن قلنا: إنه أمين فتعدى فيه، ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى إلى أن تلف؛ لأنه ضمن بالتعدي، فصار كالغاصب.

وإن قلنا: إنه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب.

ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير، وليس بشيء»[(٢)].

وأرى أن مذهب المالكية هو أرجح الأقوال، وأنه لا وجه لتضمينه العين مصنوعة فهو لم يملك الصنعة حتى يمكن أن يطالب بضمانها، والترجيح إنما في وقت الضمان، هل يضمنها يوم قبضها، أو يضمنها يوم تلفها، والذي بسببه وجب الضمان، والثاني أرجح، وقد تكلمنا عنه في باب ضمان المبيع فأغنى عن إعادته هنا، والله أعلم.



(١) المنتقى للباجي (٦/ ٧٢).

(٢) المهذب (١/ ٤٠٨).

الفصل السادس
إذا حبس العين لاستيفاء الأجرة فتلفت

[م-٧٨٩] إذا حبس المقاول العين من أجل استيفاء الأجرة فتلفت، فهل يضمن المقاول؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الأجير إذا أراد حبس العين بعد الفراغ من العمل نظر:

فإن كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والصباغ ونحوهما، وكان الأجر حالًا ليس مؤجلًا، فإن له حبس العين حتى يقبض الأجرة.

❑ وجه ذلك:

أن ذلك الأثر في العين هو المعقود عليه، وهو صيرورة الثوب مخيطًا أو مصبوغًا، وهو عمل المقاول وملكه، والأجرة في مقابل ذلك الأثر، فحق للمقاول أن يحبس ملكه حتى يستلم عوضه، فكان كالمبيع له أن يحبسه لاستيفاء أجره[1].

وهذا أحد الوجهين في مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة[2].

فإن حبس العين فضاعت فاختار أبو حنيفة أن لا ضمان عليه؛ لأن العين أمانة في يده.. وفي حبسها لا يكون متعديًا فلا يجب عليه الضمان.

---

(١) العناية شرح الهداية (٩/ ٧٧)، البحر الرائق (٧/ ٣٠٢، ٣٠٣)، تبيين الحقائق (٥/ ١١١)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٥٤).

(٢) المهذب للشيرازي (١/ ٤١٠)، الإنصاف (٦/ ٧٧).

ولا أجرة له؛ لأن المعقود عليه هلك قبل التسليم. وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع إذا هلك قبل القبض.

فإن لم يكن لعمله أثر، كالحمال، والملاح فلا يحق له حبس العين؛ لأن المعقود عليه وهو الحمل عرض لا يتصور بقاؤه، وليس له أثر في العين حتى يتصور حبسه(١).

واختار أبو يوسف ومحمد بن الحسن بأنه يضمن إذا تلفت العين؛ ليس بسبب الحبس، وإنما لكونها مضمونة عليه بالقبض قبل الحبس، فلا يسقط ذلك بالحبس(٢).

فإن شاء ضمنه قيمته غير معمول، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولًا، وله الأجر.

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الأجير له أن يحبس ما في يده مطلقًا سواء كان له أثر في العين أو ليس له أثر في العين حتى يستوفي أجره، وإذا هلكت فعليه الضمان إلا أن تقوم له بينة على الضياع فيبرأ من الضمان، ولا أجر له؛ لأنه لم يسلم ما عمل إلى أربابه(٣).

---

(١) العناية شرح الهداية (٩/ ٧٧)، البحر الرائق (٧/ ٣٠٢، ٣٠٣).

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) جاء في المدونة (٤/ ٤٩٥): «قلت: أرأيت الحدادين والقصارين والخياطين وأهل الصناعات والحمالين والبغالين وأصحاب السفن، ألهؤلاء أن يمنعوا ما عملوا بأجر وما حملوا بكراء يمنعون ما في أيديهم حتى يستوفوا كراءهم وأجر عملهم؟ قال: قال مالك: نعم لهم أن يمنعوا ذلك حتى يستوفوا كراءهم وأجر عملهم. قلت: أرأيت إن حبس هذه الأشياء التي سألتك عنها هؤلاء العمالون وهؤلاء الحمالون والبغالون وأصحاب السفن، فضاع ذلك منهم بعد ما حبسوه؟ قال: أما ما ضاع عند أهل الأعمال مثل الصباغين =

جاء في التاج والإكليل: «قال ابن القاسم: لكل صانع أو حمال على ظهر أو سفينة منع ما حمل أو عمل حتى يأخذ أجره، فإن هلك ذلك بأيديهم في منعهم فالصناع ضامنون، ولا أجر لهم إلا أن تقوم بينة على الضياع فلا ضمان عليهم، ولا أجر لهم؛ لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلى أربابه...»(١).

القول الثالث:

اختار الشافعية أن يوضع المستأجر عليه عند عدل حتى يقبض الأجير أجرته.

جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة: «وللخياط والقصار والصباغ والطحان الحبس بوضع المستأجر عليه عند عدل حتى تُقبَض أجرته، إن صحت الإجارة وزادت القيمة بما فعل، وإلا فلا حبس»(٢).

❑ وجه ذلك:

بأنه لما وجب لكل واحد من المتعاقدين على الآخر ما قد استحق قبضه بموجب العقد، فالمقاول يستحق تسلم الأجرة، وصاحب العمل يستحق تسلم العين، وليس هناك أحد أولى من الآخر بالتسليم، فيجبر كل واحد منهما على قضاء صاحبه حقه عن طريق العدل الذي ينصب لهذه المهمة.

القول الرابع:

ذهب زفر من الحنفية، ووجه في مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة

= والخياطين ومن ذكرت منهم فلا أجر لهم، وعليهم الضمان لازم؛ لأن أصل ما أخذوا عليه هذه الأمتعة على الضمان إلا أن تقوم لهم بينة على الضياع فيبرؤون من الضمان، ولا أجر لهم؛ لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلى أرباب ذلك المتاع».

(١) التاج والإكليل (٥/ ٤٣١).

(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٧٢)، وانظر تحفة المحتاج (٥/ ١٥٩)، نهاية المحتاج (٤/ ٣٥١).

بأنه لا يحق للأجير أن يحبس العين ليستوفي الأجرة(١).

□ وجه ذلك:

لما كان عمل المقاول (المعقود عليه) متصلًا بملك المالك كالصبغ في الثوب، والخياطة فيه صار المعقود عليه مسلمًا حكمًا إلى صاحب العين لاتصاله بملكه، فسقط حق الحبس به. وهذا تعليل زفر(٢).

ورد الحنفية:

بأن اتصال العمل بالمحل ضرورة إذ لا وجود للعمل إلا به فكان مضطرًا إليه، والرضا لا يثبت مع الاضطرار(٣).

وعلل الشافعية والحنابلة ذلك:

بأنه إذا حبس الصانع الثوب بعد فراغه من العمل لاستيفاء الأجر، فتلف، ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان كالغاصب.

□ الراجح:

أن العامل إذا كان يخشى من المؤجر ألا يسلمه الأجر فإن له أن يحبس العين حتى يقوم رب العمل إما بتسليم الأجر، أو يقوم بتسليم عدل يرضى به الأجير، وقد تكلمنا عن حكم حبس المبيع على ثمنه في عقد البيع، وهذا الباب مثله، والله أعلم.

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١١١)، المهذب للشيرازي (١/ ٤١٠)، وقال ابن قدامة في المغني (٥/ ٣١١): «إذا حبس الصانع الثوب بعد عمله، على استيفاء الأجر، فتلف، ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان كالغاصب».
وانظر الإنصاف (٦/ ٧٧)، كشاف القناع (٤/ ٣٧)، إعلام الموقعين (٤/ ٢٦).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ١١١).

(٣) انظر مجمع الأنهر (٢/ ٣٧٣)، تبيين الحقائق (٥/ ١١١).

الفصل السابع
في البراءة من العيب

[م-٧٩٠] إذا طلب المقاول البراءة من العيب:

فإن كان عقد المقاولة على العمل فقط، وكانت المواد من رب العمل فإن ضمان المقاول يجب أن يكون موجهًا إلى العيب العائد إلى عمل المقاول، ولا يضمن المقاول العيب الراجع إلى رداءة تلك المواد التي قدمها له صاحب العمل إلا أن يكون هناك تغرير من المقاول كما لو كان من مسؤوليته أن يبين رداءة تلك المواد لصاحب العمل ولم يبين ذلك، أو كان ضمان المقاول من قبيل التأمين التجاري ولا ينبغي الخلاف في جوازه، ولا ينزل الخلاف في التأمين التجاري على الخلاف في تأمين المقاول؛ لأنه ضمان تابع، وليس عقدًا مستقلًا كالضمان الذي يأتي مع السلع مدة معينة.

وإن كان المقاول ملتزمًا بتقديم الأدوات منه، وهو ما يسمى بعقد الاستصناع في الفقه، فالمصنوع عملًا وموادًا من المقاول، فهل يصح من المقاول أن يطلب المقاول البراءة من العيب في شروط العقد؟

وللجواب على ذلك نقول:

عقد الاستصناع (المقاولة) سواء اعتبرناه من عقود البيع كما عند الحنفية، أو اعتبرناه من عقود الإجارة باعتبار أن العقد وارد على العمل والمواد تبع، فالإجارة لا تخرج عن البيع باعتبارها من بيع المنافع والضمان في العقد على التوصيفين راجع لأحكام ضمان المبيع.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط البراءة من العيب في عقد البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز اشتراط البراءة من العيب مطلقًا سواء كان عالمًا بالعيب أم غير عالم به.

وهذا مذهب الحنفية[١]، وأحد قولي الشافعي[٢].

القول الثاني:

لا يصح اشتراط البراءة من العيب مطلقًا، ولا يبرأ إذا اشترط ذلك، سواء كان عالمًا بالعيب أو غير عالم به.

وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة[٣].

القول الثالث:

لا يبرأ البائع إذا كان عالمًا بالعيب، وهذا مذهب المالكية[٤]، وأحد قولي الشافعي[٥]، وقول في مذهب الحنابلة اختاره ابن تيمية[٦].

---

(١) الجوهرة النيرة (١/ ٢٠٠).

(٢) المهذب (١/ ٢٨٨).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٩٣)، المبدع (٤/ ٦١)، المغني (٤/ ١٢٩)، كشاف القناع (٣/ ١٩٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٨٠)، كشف المخدرات (١/ ٣٧٨).

(٤) قال مالك في المدونة (٤/ ٣٤٩): «فإن علم عيبًا، ولم يسمه بعينه، وقد باع بالبراءة لم تنفقه البراءة في ذلك العيب».
وانظر المنتقى شرح الموطأ (٤/ ١٨٠)، الكافي لابن عبد البر (ص٣٤٩)، القوانين الفقهية (ص١٧٥).

(٥) الأم (٦/ ١٩٤).

(٦) قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (ص٣٨٩): «والصحيح في مسألة البيع بشرط البراءة من كل عيب، والذي قضى به الصحابة، وعليه أكثر أهل العلم، أن البائع إذا لم يكن علم بذلك العيب، فلا رد للمشتري، ولكن إذا ادعى أن البائع علم بذلك، فأنكر البائع، حلف أنه لم يعلم، فإن نكل قضي عليه».
وانظر الكافي في فقه أحمد (٢/ ٩٣)، المبدع (٤/ ٦١).

وقد ذكرنا أدلة كل قول في باب الشروط في البيع، فأغنى عن إعادتها هنا، ولله الحمد.

وأرى أن القول الراجح مع مذهب الحنابلة، ويختلف المقاول عن البائع فالبائع علاقته بالسلعة علاقة ملكية، وقد لا يكون خبيرًا فيها، بينما المقاول صانع يعرف أسرار صنعته، وهو خبير بما صنع، قال تعالى ولله المثل الأعلى ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤].

فإذا شرط الصانع البراءة من العيوب فلا يكون هذا الاشتراط إلا من سوء نية الصانع؛ لأنه لا يقصد بذلك إلا حماية نفسه من مسئولية الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول الصنعة التي يمارسها والتي تعاقد على أساس أنه متقن لها، ويكون في ذلك ضرر على صاحب العمل.

ولأن هذا الشرط يشجع على التدليس والغش في الصناعة(١).

جاء في المنتقى: «ولو شرط الصانع أنه لا ضمان عليه ففي العتبية والموازية عن أشهب، عن مالك: لم ينفعه الشرط...»(٢).

وجاء في الشرح الصغير: «ولو شرط الصانع نفيه: أي نفي الضمان عن نفسه، فإنه يضمن، ولا يفيده شرطه»(٣).

وعلل الدسوقي ذلك بأنه شرط مناقض لمقتضى العقد.

وإذا كان جمهور العلماء يرون أن الأجير المشترك ضامن لصنعته، فاشتراط نفي الضمان لا ينفعه.

---

(١) انظر بحث الشيخ مصطفى الزرقاء في الاستصناع مطبوع على الآلة الكاتبة (ص٤٥ - ٥٥).
(٢) المنتقى للباجي (٦/ ٧١)، وانظر حاشية الدسوقي (٤/ ٢٨، ٢٩)، منح الجليل (٧/ ٥٦).
(٣) الشرح الصغير (٤/ ٤٧).

جاء في القواعد الفقهية: «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونًا بشرطه، وما كان مضمونًا لا ينتفي ضمانه بشرطه»[١].

«وعقد المقاولة في هذا النطاق يتعلق بإنشاءات ذات مواصفات فنية دقيقة، لا يستطيع صاحب العمل كشف ما بها من عيوب خفية حتى لو استخدم في سبيل ذلك خبراء بشؤون الإنشاء والتعمير، وقد أظهر التطبيق العملي أن بعض المقاولين يشتري حديد تسليح قابلًا للصدأ، فإذا تراكم الصدأ عليه بفعل الرطوبة أو غيرها أدى إلى ظهور تصدعات في المبنى مما يطلق عليه فنيًا (تخوخات) وأن البعض الآخر منهم يخلط إسمنت المباني بإسمنت التبليط ونحوه مما يجعله ضيقًا في تماسكه، ومثل تلك العيوب لا يحق لصاحب العمل براءة المقاول منها، فهي تتعلق بالمصالح العامة، وقد تؤدي إلى إزهاق أرواح سكان المباني أو مستخدمي الجسور، أو ركاب السيارات والقطارات ونحوها. ولا يشترط المقاول البراءة من العيب إذا كانت لديه الغش أو التقصير. وهذا مرفوض شرعًا، وقانونًا، وأخلاقًا»[٢].

وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي: «لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد»[٣].

وجاء فيه أيضًا: «لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول»[٤].

وقد توجهت القوانين العربية إلى اعتبار ضمان المقاول من النظام العام،

---

(١) المبدع (٥/ ١٤٥)، الإنصاف (٦/ ١١٣)، الشرح الكبير (١٥/ ٩١، ٩٢).
(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ١٦٨).
(٣) المرجع السابق (٢/ ٢٨٩).
(٤) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

وقررت بأنه يقع باطلًا كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه.

وحددت مدة الضمان خلال عشر سنوات من تسليم العمل.

وإذا كان المهندس يضع تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض.

وإن اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ كان مسئولًا فقط عن عيوب التصميم.

وبناء عليه فإنه لا ينفع المهندس والمقاول أي شرط في عقود المقاولات تعفيهم من المسئولية أو تحد منها، كأن يشترط المهندس أو المقاول أن تبرأ ذمته من ضمان العيوب الظاهرة أو الخفية أو كليهما بمجرد تسلم صاحب العمل، أو أن يشترطا تخفيض مدة الضمان إلى أقل من عشر سنوات. والله أعلم.

❑ الراجح:

أن الضمان للشيء المصنوع إن كان موجهًا إلى سلعة قام بصنعها المقاول، وكانت المواد منه فإن الضمان لعشر سنوات أو أقل أو أكثر جائز شرعًا، ويمكن اعتباره نوعًا من التأمين والذي يضمن المقاول فيه جميع ما يحدث للسلعة مدة الضمان، ولا ينبغي أن ينزل الخلاف في التأمين على ضمان هذه السلعة فإن التأمين في هذا العقد يعتبر عقدًا تابعًا لعقد البيع، ويجوز تبعًا ما لا يجوز استقلالًا، وهو موجود في أسواقنا فإن الإنسان قد يشتري من السوق سلعة، ويكون الضمان (التأمين) من الشركة المصنعة مدة معينة كنوع من تسويق السلعة.



الباب الخامس
في المقاولة من الباطن

الفصل الأول
في تعريف المقاولة من الباطن

تعريف المقاولة من الباطن:

المقاولة من الباطن: هي اتفاق بين المقاول الأصلي ومقاول آخر على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول، أو جزء منها مقابل أجر(١).

ولا يدخل في ذلك ما لو تنازل المقاول الأصلي عن عقد المقاولة إلى مقاول آخر برضا رب العمل فهذه إقالة من رب العمل، وإنشاء مقاولة جديدة مع المقاول البديل.

❑ علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن:

[م-٧٩١] تكون العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني علاقة صاحب عمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة من الباطن، فيحل فيها المقاول الأصلي محل صاحب العمل، وعليه جميع التزامات رب العمل من تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل، وتسلم العمل بعد إنجازه، ودفع الأجرة المتفق عليها.

ويكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلي مقاولًا عليه جميع

(١) انظر عقد المقاولة - العايد (ص٢٤٩).

التزامات المقاول، من ذلك: إنجاز العمل، وتسليمه بعد إنجازه، وضمانه بعد التسليم.

فيقوم في الواقع عقدا مقاولة: عقد المقاولة الأصلي يحكم العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي.

وعقد المقاولة من الباطن يحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

وليس من الضروري أن يكون العقدان متطابقين أو متقاربين، بل يغلب أن يكونا مختلفين من وجوه كثيرة، كمقدار الأجرة، وشروط العقد.

❑ علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن:

لا تربط المقاول الثاني في الغالب علاقة مباشرة بصاحب العمل، وإن كان عمل المقاول الثاني مستفادًا من إذن صاحب العمل للمقاول الأصلي، سواء كان الإذن صريحًا أو ضمنيًا.

فلا يحق لصاحب العمل التعامل المباشر مع ذلك المقاول من الباطن، ولا أن يطالبه بالتزاماته، وإنما عليه الرجوع إلى المقاول الأصلي الذي تعاقد معه.

ولا يحق للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء من التزاماته اتجاه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل.

وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول علاقة غير مباشرة إذ يتوسطها المقاول الأصلي(١).



---

(١) انظر الوسيط (٧/ ١/ ٢٢٠ - ٢٢٥).

الفصل الثاني
في حكم عقد المقاولة من الباطن

[م-٧٩٢] هل يجوز للمقاول أن يؤجر غيره بحيث يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر؟

وللجواب عن ذلك يقال:

لا يحق للمقاول أن يعهد بتنفيذ العمل إلى غيره بالحالات التالية:

(١) إذا كان في العقد شرط يمنع المقاول من ذلك.

جاء في مرشد الحيران مادة (٦٢١) ما يلي: «لا يجوز للصانع أو المقاول الذي التزم في العقد العمل بنفسه أن يستعمل غيره».

وجاء في الهداية شرح البداية: «وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره؛ لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه، فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه»(١).

(٢) إذا كانت طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه، كما لو كانت كفاءة المقاول مقصودة في العقد كالخطاط والطبيب والمهندس فلا يحق لهم أن يقاولوا من الباطن حتى ولو لم يكن منصوصًا صراحة في عقد المقاول على المنع من المقاولة من الباطن.

(٣) ألا يكون المقاول تابعًا لرب العمل، يعمل تحت إدارته، ولا يستطيع أن يعمل لغيره.

---

(١) الهداية شرح البداية (٣/ ٢٣٤).

فإذا كان المتعاقد الأصلي خاضعًا لإشراف رب العمل وإدارته، ويملك نفعه في الزمن المتفق عليه، وهو ما يسمى بالأجير الخاص، فليس له أن يتعاقد من الباطن؛ لأن العقد قد ورد على عمله بنفسه، فلا يقوم غيره مقامه، فأشبه ما لو اشترى شيئًا معينًا لم يجز أن يدفع إليه غيره، ولا يبدله، ولا يلزم المشتري قبوله فكذلك المستأجر[١].

وأما إذا كان عقد المقاولة مطلقًا، وكان شخص المقاول غير مقصود في المقاولة، وإنما المقصود القيام بالعمل سواء قام به بنفسه أو بغيره، ولم يكن المقاول من الأجير الخاص فهل للمقاول أن يعهد إلى مقاول آخر للقيام بالعمل خاصة أن بعض الأعمال لا يمكن للمقاول أن يقوم بها بنفسه كما لو كانت المقاولة كبيرة متعددة الأعمال، كإنشاء الجسور، وتعبيد الطرق وأعمال البناء حيث تتطلب مجموعة من الحرف المختلفة التي تتطلب أن يقوم بها مجموعة من العمال، فما حكم أن يعهد المقاول إلى مقاول آخر يقوم بكل عمله أو بعضه؟

وللجواب عن ذلك نقول:

يسري على عقد المقاولة من الباطن نفس الحكم الذي قيل في حق المقاول الأصلي.

فإن كان المقاول الثاني يقدم العمل والمواد معًا كان العقد مع المقاول الثاني عقد استصناع، فيأخذ حكم عقد الاستصناع عند العلماء.

وقد ذهب جمهور الحنفية إلى القول بجوازه، ولم يخالف في ذلك إلا زفر[٢].

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١١٢)، حاشية ابن عابدين (٦/ ١٨)، مواهب الجليل (٥/ ٣٩٥)، حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب (٢/ ٤٢٣)، الإنصاف (٦/ ٦٦)، المبدع (٥/ ١٠٦).

(٢) فتح القدير (٧/ ١١٤)، البحر الرائق (٦/ ١٨٥)، مجمع الأنهر (٢/ ١٠٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢٣).

وقيل: لا يصح إلا بشروط السلم، وهذا مذهب الجمهور، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة[(١)].

وقيل: لا يصح مطلقًا، وهو أحد الوجهين في مذهب الحنابلة.

جاء في الإنصاف: «ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، واقتصر عليه في الفروع...»[(٢)].

---

(١) خصص المالكية جزءًا من كتاب السلم، للسلم في المصنوعات، وضربوا أمثلة لما كان يصنع في عصرهم، كالسيف، والسرج، وأجازوه بشرط السلم، وهو تقديم الثمن، وذكر الأجل، وكون الأجل معلومًا، ولا يعين العامل، ولا المعمول منه.
انظر مواهب الجليل (٤/ ٥٣٩، ٥٤٠).
وأما الشافعية فمذهبهم قريب من مذهب المالكية، فأدرجوا السلم في الاستصناع، وأجازوا السلم في المصنوع فيما يأتي:
فأجازوا السلم في المصنوع في قوالب واحدة، لا تختلف وحداتها دون المصنوع في اليد.
قال النووي في الروضة (٤/ ٢٨): «لا يجوز السلم في الحِبَاب والكيزان، والطسوت، والقماقم، والطناجير، والمنائر، والبرام المعمولة لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب لعدم اختلافه، وفي الأسطال المربعة».
كما أجاز الشافعية السلم فيما صنع من جنس واحد فقط، كالحديد أو النحاس، ولم يجيزوه فيما يجمع أجناسًا مقصودة لا تتميز، كالطست يكون من الحديد والنحاس.
وأما ما يجمع أجناسًا مقصودة متميزة كالقطن والصوف، فهو موضع خلاف بينهم، والراجح عندهم الجواز بشرط علم العاقدين بقدر كل واحد منهما.
انظر فتح الوهاب (٣/ ٢٤٢)، المهذب (١/ ٢٩٨)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٠، ١٣١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣١٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٠٣).
ومذهب الحنابلة فيه وجهان:
أحدهما قريب من مذهب الشافعية، قال في الإنصاف (٥/ ٩١): «ولا يصح يعني: السلم - فيما يجمع أخلاطًا غير متميزة، كالغالية، والند، والمعاجين ونحوها بلا نزاع أعلمه...» وانظر المغني (٤/ ١٨٥، ١٨٦).
الوجه الثاني: لا يرون السلم في الاستصناع، انظر الإنصاف (٤/ ٣٠٠).

(٢) الإنصاف (٤/ ٣٠٠).

وقد ذكرنا أدلة كل قول في عقد الاستصناع فأغنى عن إعادته، ورجحت مذهب الحنفية.

وأما إذا كان التزام المقاول الباطن بتقديم العمل دون المواد، فقد يكون أجيرًا خاصًا، وقد يكون أجيرًا مشتركًا بحسب طبيعة العقد معه.

فإن كان العقد واردًا على عمله، ومنافعه ليست مستحقة للمقاول الأصلي، فهو من قبيل الأجير المشترك.

وإن كان العقد واردًا على منفعته، بحيث تكون منافعه مستحقة للمقاول الأصلي خلال مدة الإجارة فإن المقاول الثاني من قبيل الأجير الخاص، ولا مانع من عمل مجموعة من الأجراء الخاصين تحت يد الأجير المشترك، كالخياط يعمل عنده مجموعة من الخياطين كأجراء خاصين له.

والأجير المشترك يستحق الأجرة بالعمل، لا بتسليم النفس؛ لأن العقد وارد عليه، فلا يستحق أجرة إذا لم يعمل، ويستحق من الأجرة بقدر ما عمل، وأما الأجير الخاص فيستحق الأجرة بالوقت دون العمل، فإذا سلم نفسه في الوقت استحق الأجرة، سواء أنجز العمل كله أو بعضه؛ وسواء عمل أو لم يعمل؛ لأن المعقود عليه هو منفعته.

وقد ذهب الأئمة الأربعة إلى أن للأجير المشترك إنابة غيره ليقوم بعمله إذا لم يشترط عليه في العقد أن يعمل بنفسه، وكان المطلوب في الإجارة تحصيل العمل لا عين العامل.

جاء في بدائع الصنائع: «وللأجير أن يعمل بنفسه وأجرائه إذا لم يشترط عليه في العقد أن يعمل بيده؛ لأن العقد واقع على العمل، والإنسان قد يعمل بنفسه، وقد يعمل بغيره؛ ولأن عمل أجرائه يقع له، فيصير كأنه عمل بنفسه إلا إذا شرط

عليه عمله بنفسه؛ لأن العقد وقع على عمل من شخص معين، والتعيين مفيد؛ لأن العمال متفاوتون في العمل فيتعين...»[١].

وذهب الشافعية إلى أن الإجارة إن كانت واردة على عين الأجير وجب عليه أن يقوم بالعمل بنفسه، وإن كانت الإجارة واردة على ذمته، فله تحصيل العمل بنفسه وبغيره، وهذا التفصيل غير مناف لكلام الأئمة.

لأن الإجارة إن كان المقصود منها تحصيل العمل بغض النظر عن العامل فهي إجارة واردة على الذمة، وبالتالي له أن يقوم بنفسه وبغيره، وإن كانت عين الأجير محل اعتبار في العقد كالرسام، والطبيب كانت الإجارة واردة على عين الأجير، وتعين العمل عليه بنفسه، والله أعلم.



(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٨)، وانظر مواهب الجليل (٥/ ٣٩٥)، البهجة شرح التحفة (٢/ ١٨٢)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٦٤)، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٥/ ٢٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤)، المغني (٥/ ٣٠٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨٤)، الإنصاف (٦/ ٤٤، ٤٥)، المبدع (٥/ ٨٩).

الفصل الثالث
في ضمان المقاول من الباطن

[م-٧٩٣] تحدثنا فيما سبق عن ضمان المقاول الأصلي، فهل المقاول من الباطن يأخذ حكمه في الضمان؟

وللجواب عن ذلك:

نقول: ينظر في طبيعة العقد بين المقاول الأصلي والمقاول الباطن:

فإن كان المقاول الباطن قد تعهد بالعمل والمواد فالعقد عقد استصناع، فيضمن المقاول من الباطن في هذا ما يضمنه المقاول الأصلي، فللمقاول الأصلي أن يطالبه ببدله سليمًا باعتبار أن المعقود عليه في الذمة، وما في الذمة لا يلحقه تلف ولا عيب، ولا يبرأ المقاول من الباطن حتى يسلم سلعة مطابقة للمواصفات المتفق عليها.

وللمقاول الأصلي أن يختار فسخ العقد مع المقاول من الباطن، فإذا كان قد سلمه الثمن فإنه يطالبه برده، وإن لم يسلمه الثمن فلا يطالبه المقاول من الباطن بأي شيء باعتبار أن المقاول من الباطن لم يلتزم بتعهداته.

وله أن يقبل السلعة معيبة بشرط أن يوافق صاحب العمل على قبولها.

وهل له أن يطالبه بأرش النقص؟ في المسألة قولان بيناهما في خيار العيب.

وإن كان المقاول الباطن قد تعهد بتقديم العمل دون المواد، وكان العقد معه واردًا على العمل دون الزمن، ولم يكن خاضعًا لإشراف المقاول الأصلي، ولا إدارته، ويحق له أن يستقبل أعمالًا أخرى من مقاولين آخرين فهو يأخذ حكم المقاول الأصلي في الضمان.

وقد فصلنا ذلك في الكلام عن ضمان المقاول الأصلي، فالمقاول الباطن فرع عنه، فأغنى ذلك عن إعادته، وقد رجحت أنه يضمن إلا أن يكون التلف بسبب لا يمكنه التحرز منه كحريق غالب، والله أعلم.

وإن كان الأجير الذي تعاقد معه المقاول الأصلي واردًا على منفعته مدة معينة، ويخضع لإشراف المقاول الأصلي وإدارته، ولا يحق له أن يستقبل أعمالًا أخرى مدة عقده، فهذا يأخذ في الضمان حكم الأجير الخاص.

والأجير الخاص لا يضمن إلا إذا كان متعديًا أو مفرطًا؛ لأنه نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمر به، فلم يضمن كالوكيل، ولأن عمله غير مضمون عليه، وإنما يكون الضمان على المقاول الأصلي.

قال ابن قدامة في الكافي: «وإن استأجر الأجير المشترك أجيرًا خاصًا، فأتلف الثوب، فلا ضمان على الخاص، ويضمنه المشترك»(١).

وجاء في مطالب أولي النهى: «إذا تقبل صاحب الدكان خياطة ثوب، ودفعه إلى أجيره فخرقه، أو أفسده بلا تعد ولا تفريط؛ لم يضمنه؛ لأنه أجير خاص، ويضمنه صاحب الدكان لمالكه؛ لأنه أجير مشترك»(٢).



(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣٣١)، وانظر المغني (٥/ ٣٠٧).

(٢) مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨٤).

الباب السادس
في الشرط الجزائي

الفصل الأول
حكم اشتراط مثل هذا الشرط في العقود

[م-٧٩٤] لما كان الشرط الجزائي يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي ألحقت الشرط الجزائي ضمن الشروط الجعلية في عقد البيع، وبينت هناك أحكامه وشروطه المتفق عليها والمختلف فيها، فأغنى عن إعادته هنا.

ونستطيع أن نقول فيما يتعلق بحكم الشرط الجزائي: إن هذا الشرط يرجع إلى مسألة متقدمة، وهو هل الأصل في الشروط المنع والبطلان، أو الأصل الصحة والجواز؟

ففي المسألة قولان:

القول الأول: يرى أن الأصل في الشروط المنع والبطلان، حتى يقوم دليل على جوازه وصحته، ومثل هذا المذهب لا يجيز مثل هذا الشرط جزمًا، ومن هؤلاء ابن حزم رحمه الله(١).

ويستدل بأدلة كثيرة، ذكرناها وأجبنا عنها فيما تقدم، من أهمها:

(ح-٥٥٣) ما رواه البخاري من طريق هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها في قصة شراء بريرة، وفي الحديث: «قام رسول الله ﷺ في الناس،

(١) المحلى، مسألة (١٤٤٧).

فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: **ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق..»**[١].

قال ابن حزم: فهذه الأخبار براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده؛ لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك[٢].

وقيل: الأصل في الشروط الصحة والجواز حتى يقوم دليل شرعي على المنع والبطلان، وهذا يذهب إليه ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة[٣]، ومثل هؤلاء يمكن لهم أن يذهبوا إلى جواز الشرط الجزائي.

وقد ذهبت هيئة كبار العلماء بالسعودية[٤]، والمجمع الفقهي التابع لمنظمة

---

(١) صحيح البخاري (٢١٦٨)، ومسلم (١٥٠٤).

(٢) الإحكام لابن حزم (٢/ ٥٩٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢)..

(٤) انظر قرار هيئة كبار العلماء في السعودية رقم (٢٥)، وتاريخ ٢١/ ٨/ ١٣٩٤هـ، وجاء في القرار بعد أن ذكر العلماء الأدلة المسوغة لجوازه، قالوا: لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح، معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعًا، فيكون العذر مسقطًا لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيرًا عرفًا بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيدًا عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من ضرر، ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة، والنظر عملًا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾. [النساء: ٥٨].
وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٨]، وبقوله ﷺ: لا ضرر، ولا ضرار، وبالله التوفيق. =

المؤتمر الإسلامي[1] إلى جواز اشتراط مثل هذا الشرط.

وقد ذكرنا أدلتهم في الشروط الجعلية في عقد البيع فأغنى عن إعادته هنا.

وإذا أردنا أن نعرف حكم الشرط الجزائي بالنظر إلى قواعد كل مذهب وموقفه من الشروط الجعلية.

فيمكن القول بأن مذهب الحنفية والشافعية لا يقولون بصحة الشرط الجزائي؛ لأن الأصل في مذهبهم النهي عن بيع وشرط، ويروون حديثًا ضعيفًا بهذا اللفظ، وقد سبق تخريجه.

فالشافعية لا يستثنون من هذا إلا الشروط التي يقتضيها العقد، مثل التسليم، والانتفاع، والشروط التي فيها مصلحة للعقد كالرهن والتأجيل والكفيل، والخيار، ويلحق به إذا باعه بشرط العتق.

وما سوى ذلك من الشروط فهي باطلة عندهم. ويدخل في ذلك الشرط الجزائي، إذا اعتبرنا أن الشرط الجزائي لا يقتضيه العقد، وليس بمنزلة الرهن والضمان، والأجل.

يقول الغزالي: «الثامن (نهى عن بيع وشرط) فاقتضى مطلقه امتناع كل شرط في البيع، والمفهوم من تعليله أنه إذا انضم شرط إلى البيع بقيت معه علقة بعد

= وقول المجلس: «الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح، معتبر يجب الأخذ به..» لفظ (العقود) ظاهره يشمل كل عقد، فلو أخذنا بظاهره لقيل بجواز الشرط الجزائي في كل عقد، ولا شك أن هناك من العقود ما لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه باتفاق الفقهاء، فعقد القرض مثلًا لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه عن التأخير في السداد؛ لأن هذا من الربا الصريح.

(١) انظر قرار المجمع الفقهي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني (ص٣٠٥)، وسننقل نص القرار في آخر البحث إن شاء الله.

العقد، يتصور بسببها منازعة، ويفوت بفواتها مقصود العاقد، وينعكس على أصل العقد، فيحسم الباب، ولم يكن محذور هذا النهي منفصلًا عن العقد، فيدل على فساده أو فساد الشرط لا محالة... ثم ذكر ما يستثنى من حديث النهي عن بيع وشرط»[١].

ويقول الشيرازي: «إذا شرط في المبيع شرطًا نظرت: فإن كان شرطًا يقتضيه البيع، كالتسليم، والرد بالعيب، وما أشبههما لم يبطل العقد؛ لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، فلم يبطله.

فإن شرط ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة: كالخيار، والأجل، والرهن، والضمين، لم يبطل العقد؛ لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله، ولأن الحاجة تدعو إليه، فلم يفسد العقد، فإن شرط عتق العبد المبيع، لم يفسد العقد؛ لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها... فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع، بأن باع عبدًا بشرط ألا يبيعه، أو لا يعتقه، أو باع دارًا بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوبًا بشرط أن يخيطه له، أو نعلة بشرط أن يحذوها له، بطل البيع، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط...»[٢].

ولا يختلف مذهب الحنفية عن مذهب الشافعية في بطلان الشرط في البيع؛ لأنهم يذهبون مع الشافعية إلى اعتماد ما يروى عن النبي ﷺ من النهي عن بيع وشرط، إلا أن الحنفية يختلفون عن الشافعية في تقديم الشرط الذي جرى به العرف، وكان عليه عمل الناس، ويقدمونه على القياس، فإذا جرى العرف على

---

(١) الوسيط (٣/ ٧٣).

(٢) المهذب (١/ ٢٦٨).

اعتبار الشرط الجزائي في العقود، وجرى التعامل به بين الناس أمكن للمذهب الحنفي أن يتسع لقبول القول بالشرط الجزائي استحسانًا وإن كان على خلاف القياس عندهم. وهذه مرونة في المذهب يختلف فيها عن المذهب الشافعي.

فقد ذكر الكاساني أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وليس بملائم له، ولكن للناس فيه تعامل، وفيه عرف ظاهر أن هذا الشرط فاسد بالقياس عندهم، ولكنهم يقولون بجوازه استحسانًا؛ لأن العرف يقضي على القياس، ويسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع(١).

ولو أن مذهب الحنفية جعلوا عمل الصحابة يسقط القياس لكان هذا جيدًا، أما عمل الناس من غير الصحابة فليس بحجة، وقد يتعامل الناس بما يخالف نصًا شرعيًا، أيكون ذلك حجة على أحد؟

وأما مذهب المالكية فإن الباحث لا يستطيع أن يخرج بقاعدة من تعاملهم مع الشروط يمكنه أن يتلمس صحة هذا الشرط أو بطلانه عندهم، وهذا ما عبر عنه ابن رشد الحفيد، حيث يقول في بداية المجتهد: «وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام:

شروط تبطل هي والبيع معًا.

وشروط تجوز هي والبيع معًا.

وشروط تبطل هي، ويثبت البيع.

وقد يظن أن عنده قسمًا رابعًا: وهو أن من الشروط ما إن يمسك المشترط بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع، وإعطاء فروق بيِّنة في مذهبه بين هذه

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩-١٧٢).

الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع: وهما الربا والغرر، وإلى قلته، وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصًا في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء كثيرًا من قبل الشرط أبطله، وأبطل الشرط، وما كان قليلًا أجازه، وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطًا أبطل الشرط، وأجاز البيع...»[(١)].

ويفهم من كلام ابن رشد أن يسير الربا يجوز كما يجوز يسير الغرر، والحق أن يسير الربا محرم، ويسير الغرر جائز بالإجماع.

وأما مذهب الحنابلة فهم أوسع المذاهب في الشروط، ويمكن تخريج صحة الشرط الجزائي على قواعد المذهب، والله أعلم.

هذا ما ظهر لي من خلال تقسيم الشروط في كل مذهب ما يصح منها، وما لا يصح.

وقد خالف في هذا بعض الفضلاء، فرأى أن الشرط الجزائي مشروع وصحيح عند سائر أئمة المذاهب، يقول الشيخ الدكتور ناجي شفيق عجم، من جامعة الملك عبد العزيز:

«الشرط الجزائي شرط جائز، ومشروع حتى إنه صحيح عند المذاهب؛ لأنه شرط مقترن بالعقد جرى به العرف، وفيه مصلحة للعقد، وهو شرط ملائم للعقد، ولذلك فهو صحيح عند الحنفية؛ لجريان العرف به، وصحيح عند الشافعية؛ لأن فيه مصلحة للعقد، وصحيح عند المالكية لأن فيه مصلحة للعقد، ولأنه شرط ملائم لم يرد بإلغائه وتحريمه أو جوازه نص خاص، فهو ملائم

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٢٠).

مرسل، وهو جائز وصحيح من باب أولى عند الحنابلة الذين لا يحرمون إلا الشروط التي ورد بتحريمها نص، أو التي تنافي مقتضى العقد»[١].



(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٢٠٥).

الفصل الثاني
في أخذ الشرط الجزائي على المقاول

[م-٧٩٥] لما كان محل التزام المقاول عملًا من الأعمال، كأن يلتزم المقاول أو المورد أو الصانع في عقود المقاولة أو التوريد أو الاستصناع أن يدفع مبلغًا معينًا عن كل يوم، أو عن كل أسبوع، أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول أو المورد أو الصانع عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه.

ولما كان الشرط الجزائي من شرطه أن يكون العقد لازمًا، وكان عقد المقاولة لا يخرج عن عقدين معروفين في الفقه الإسلامي وهما عقد الاستصناع وعقد الأجير المشترك.

وعقد الاستصناع على الصحيح عقد لازم، كما رجحته في كتاب الاستصناع.

وعقد الأجير المشترك أيضًا عقد لازم، وهو مذهب الأئمة الأربعة.

لهذا يرى أكثر الباحثين المعاصرين أنه لا مانع شرعًا في أن يتفق العاقدان على هذا الشرط الجزائي عند انعقاد العقد، لأن هذا الشرط لا يناقض مقتضى العقد، وفيه مصلحة لأحد الطرفين، ويحمل المقاول والصانع والمورد على الوفاء بالتزاماتهم، وهو أمر مطلوب شرعًا لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

ومن أخذ بهذا القول هيئة كبار العلماء في السعودية[(١)]، ومجمع الفقه

(١) انظر قرار هيئة كبار العلماء في السعودية رقم (٢٥)، وتاريخ ٢١/ ٨/ ١٣٩٤هـ.

الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي[١].

فإذا تحقق شرطه، وخلا من المانع وجب على المقاول أن يدفع ما تعهد به.

فمن الشروط المتفق عليها:

الأول: لا بد من الإخلال بالشرط المتفق عليه.

الثاني: ألا يوجد عذر للمقاول والمورد والصانع معتبر شرعًا من عدم الالتزام بالوفاء في الوقت المحدد، فإذا كان تأخرهم عن التسليم ناتجًا عن ظروف قاهرة خارجة عن إرادتهم فلا يلزمهم التعويض.

الثالث: هل يشترط أن يوجد ضرر فعلي من التأخير، أو لا يشترط، في ذلك خلاف بين أهل العلم:

فمن أهل العلم من يرى أن الشرط الجزائي تعويض عن الضرر الحاصل، وبالتالي: لا يستحق شيئًا من شرط له إذا ثبت أن التأخير لم يترتب عليه أي ضرر، ولم يتسبب في فوات أي منفعة مالية.

وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي، وظاهر قرار هيئة كبار العلماء.

ففي قرار المجمع ما نصه: «لا يعمل بالشرط الجزائي إذا ثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد»[٢].

ومن أهل العلم من يرى أن الشرط الجزائي هو عقوبة مالية نظير الإخلال بالشرط، (غرامة تأخير) وليس تعويضًا عن الضرر.

---

(١) انظر قرار المجمع الفقهي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني (ص٣٠٥)، وسننقل نص القرار في آخر البحث إن شاء الله.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٢/ ص٣٠٦).

ومن هؤلاء فضيلة الشيخ عبد الله بن منيع، ورفيق المصري[١]، والقاضي محمود شمام رئيس محكمة التعقيب الشرفي في تونس[٢].

وهذا القول هو الراجح، إلا أن يكون هناك نص بأن استحقاق الشرط الجزائي في مقابل التعويض عن الأضرار، وقد ذكرنا أدلة الفريقين في الشروط الجعلية في عقد البيع فأغنى عن إعادته هنا.

وهذا القول يتفق مع ما جاء في نظام المناقصات والمزايدات السعودية، فقد جاء فيها ما يلي:

إذا تأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه كاملًا في المواعيد المحددة، ولم تر اللجنة صاحبة المقاولة داعيًا لسحب العمل منه توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم إلى أن يتم الاستلام المؤقت دون حاجة إلى تنبيه للمقاول، ويكون توقيع الغرامة على المقاول كما يلي:

١% عن الأسبوع الأول.

١,٥ % عن الأسبوع الثاني.

٢% عن الأسبوع الثالث.

٢,٥ % عما زاد عن ثلاثة أسابيع.

٣% عن أي مدة تزيد عن أربعة أسابيع[٣].

---

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/ ٢/ ص٢٣١)، و(١٢/ ٢/ ص٧٤، ٢٩٧).

(٢) المرجع السابق (١٢/ ٢/ ص٢٤١).

(٣) انظر نظام المناقصات والمزايدات في السعودية (ص١٠٧) نقلًا من مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٢/ ص٨١).

الرابع: ألا يكون المبلغ في الشرط الجزائي مبالغًا فيه، فلا يجوز أن يكون الشرط الجزائي يأتي على ربح المقاول كله، فضلًا أن يحمله خسائر، فهذه العقوبة المالية إنما تقلل من ربحه فقط، بحيث لا يتجاوز به ثلث الربح، أو عشرة بالمائة من مقدار العقد، لأن الشرط الجزائي يجب أن يكون قائمًا على العدل، بحيث لا يأتي على نصيب المقاول كله فيكون عمله بلا مقابل، فهذا من الظلم الذي لا تقره الشريعة، بل يجب أن يكون متوازنًا، فإذا كان المبلغ في الشرط الجزائي مبالغًا فيه حمل ذلك على أن مراد العاقد هو التهديد وحمل المقاول على التنفيذ، ويسقط الشرط الجزائي إلا أن يكون هناك ضرر فيقدر بقدره؛ لأن الضرر مدفوع.

القول الثاني:

ذهب بعض الباحثين منهم الدكتور رفيق المصري، والشيخ حسن الجواهري، والدكتور علي محيي الدين القره داغي: أن الشرط الجزائي جائز في عقد الاستصناع والمقاولة والتوريد في حالة عدم التنفيذ، ولا يجوز في حالة التأخر عن التنفيذ.

يقول الدكتور رفيق المصري: الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز، ويأخذ حكم العربون، وإن كان اشتراط الشرط لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز؛ لأنه يكون في حكم ربا النسيئة.

وحجتهم: أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين) فأخذ غرامة على التأخير فيه شبهة ربا النسيئة: تقضي أو تربي[(١)].

---

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٢/ ص٧٢، ٧٣).

ويقول الشيخ حسن الجواهري عن عقد الاستصناع:

«المشْتَرَى دين في ذمة البائع، فإن تأخر البائع عن التسليم، وألزمناه بالشرط الجزائي فمعنى ذلك تأخر قضاء الدين في مقابل المال، هو الربا المحرم، ولذا أرى أن يقيد مثلًا صحة الشرط الجزائي في عقد الاستصناع بهذه الجملة: (إذا لم يف المستصْنَع بالعقد أصلًا) ولا تترك على إطلاقها...»[(١)].

ويتساءل الدكتور رفيق المصري: لماذا يجوز الشرط الجزائي في عقد التوريد، ولا يرى جوازه عند التأخر في السلم، فأي فرق هاهنا بين التوريد والسلم؟[(٢)].

ويجيب الدكتور الصديق الضرر عن هذا القول: فيقول: استدلال الدكتور رفيق هو أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين).

أقول: - القائل الصديق الضرير - كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضربًا من الالتزام لا خلاف فيه، وأما كون هذا الالتزام مساويًا للدين فغير مسلم؛ لأن الالتزام أعم من الدين، فكل دين التزام، وليس كل التزام دينًا، والالتزام في عقد المقاولة ليس دينًا، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاول قد يكون دائنًا لا مدينًا في كثير من الحالات، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاولة، وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين، والفرق كبير جدًا بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بثمن مؤجل، والمسلم إليه، فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في

---

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٢) ص٢٨٠ .

(٢) المرجع السابق (ص٢٩٨).

ذممهم، وأخذوا مقابله، أما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل، لا يستحق مقابله إلا بعد أدائه، والله أعلم[١].

❑ الراجح بين القولين:

الذي أميل إليه جواز الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام عملًا من الأعمال، وإن كنت لا أتفق مع فضيلة الشيخ الصديق الضرير بأن التزام العمل ليس دينًا، بل هو دين؛ لأن محله ذمة الأجير أو المقاول أو المورد، وسماها الفقهاء الإجارة في الذمة، لكن هناك فرقًا بين أن يكون الدين عملًا، وبين أن يكون الدين غير ذلك، ولذلك أجاز الحنابلة والحنفية في الإجارة في الذمة تأخير العوضين، ومنعوا ذلك في البيوع إذا كان كل من المبيع والثمن دينًا في الذمة، مما يدل على أن هناك فرقًا بين الالتزامين، لذلك أرى أنه لا مانع من أخذ الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام عملًا من الأعمال، وإن كان هذا العمل يصح أن يقال: هو دين في ذمة الأجير والمقاول والمورد، والله أعلم.



---

(١) انظر المرجع السابق (ص٧٣، ٧٤).

الفصل الثالث
في أخذ الشرط الجزائي على صاحب العمل

[م-٧٩٦] لما كان عقد المقاولة وعقد الاستصناع وعقد التوريد ذا وجهين فهو من جهة صاحب العمل يكون التزامه دينًا (مبلغًا من النقود)

ومن جهة المقاول والصانع والمورد يكون التزامه عملًا.

وإذا كان لا يجوز في عقد القرض أن يشترط الدائن على المدين شرطًا جزائيًا بدفع مبلغ معين من المال في حال تأخره عن السداد؟

ولا يجوز للبائع في عقد البيع بثمن مؤجل أو مقسط، أن يشترط على المشتري شرطًا جزائيًا بدفع مبلغ من المال في حال تأخر عن سداد الدين؟

فكذلك لا يجوز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا، فإذا اتفق الدائن مع المدين على تعويضه مبلغًا معينًا عن كل يوم تأخير، فإن هذا الشرط لا يجوز شرعًا باتفاق الفقهاء؛ لأنه صريح الربا.

قال الحطاب: «إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا، فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئًا معينًا، أو منفعة..»[(١)].

ويقول الشيخ عبد الله بن منيع: «الذي يظهر لي أن الشرط الجزائي بالنسبة لسداد الديون، هو أخذ بالمنهج الجاهلي: (أتربي أم تقضي) بل قد يكون أشد

---

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام - للحطاب (ص١٧٦).

من ذلك؛ لأن المنهج الجاهلي يبدأ عند حلول أجل السداد، وهذا يقر عند التعاقد، فهو إقرار بالربا الجاهلي عند التعاقد»(١).

وقال الشيخ مصطفى الزرقا: «إن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن عن تأخير الوفاء، له محذور كبير، وهو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور، بتواطؤ من الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية، ثم يعقد القرض في ميعاده، لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقًا يعادل سعر الفائدة، فلذلك لا يجوز في نظري»(٢).

وقد فرق المجمع الفقهي الإسلامي بين الصانع والمستصنع، فأجاز الشرط الجزائي على الصانع، ومنع الشرط الجزائي على المستصنع.

جاء في قرار المجمع رقم ١٠٩ (٣/ ١٢): «يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم ٨٥ (٢/ ٩)، ونصه: «لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين. ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير».

وقراره في الاستصناع رقم ٦٥ (٣/ ٧) ونصه: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة».

وقراره في البيع بالتقسيط رقم ٥١ (٢/ ٦) ونصه «إذا تأخر المشتري المدين

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٢/ ص٢٩٢).

(٢) مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز، العدد (١) المجلد (٣) ١٤٠٥هـ ص١١٢، وانظر بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة من العلماء (٢/ ٨٦٢).

في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق، أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم. . .

يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا فيجوز هذا الشرط مثلًا في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه. ولا يجوز مثلًا في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كانت بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه» انتهى نقلًا من قرار المجمع رقم ١٠٩ (٣/ ١٢).

فهنا المجمع فرق بين الصانع والمستصنع، ومثله المقاول وصاحب العمل، ومثله المورد والمستورد فيجوز الشرط الجزائي على الصانع والمقاول والمورد، ولا يجوز الشرط الجزائي على المستصنع وصاحب العمل والمستورد.

وذهب بعض الباحثين منهم الدكتور رفيق المصري، والشيخ حسن الجواهري، والدكتور علي محيي الدين القره داغي: أن الشرط الجزائي جائز في عقد الاستصناع والمقاولة والتوريد في حالة عدم التنفيذ، ولا يجوز في حالة التأخر عن التنفيذ.

يقول الدكتور رفيق المصري: الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز، ويأخذ حكم العربون، وإن كان اشتراط الشرط لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز؛ لأنه يكون في حكم ربا النسيئة.

وحجتهم:

أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين) فأخذ غرامة على التأخير فيه شبهة ربا النسيئة: تقضي أو تربي[(١)].

ويقول الشيخ حسن الجواهري عن عقد الاستصناع: «المشْتَرَى دين في ذمة البائع، فإن تأخر البائع عن التسليم، وألزمناه بالشرط الجزائي فمعنى ذلك تأخر قضاء الدين في مقابل المال، هو الربا المحرم، ولذا أرى أن يقيد مثلًا صحة الشرط الجزائي في عقد الاستصناع بهذه الجملة: (إذا لم يف المستصْنَع بالعقد أصلًا) ولا تترك على إطلاقها...»[(٢)].

ويتساءل الدكتور رفيق المصري: لماذا يجوز الشرط الجزائي في عقد التوريد، ولا يرى جوازه عند التأخر في السلم، فأي فرق هاهنا بين التوريد والسلم؟[(٣)].

ويجاب:

هناك فرق بين التزام العمل، وبين التزام الدين في حال كان الدين نقودًا، فالتزام العمل وإن كان دينًا إلا أنه يختلف عن دين الدراهم والدنانير، ولهذا يجوز تأخير العوضين إذا كانت الإجارة في الذمة، ولا يجوز تأخير العوضين في المبيع إذا كانا في الذمة كما لو كان المبيع سلمًا، والله أعلم.



(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٢/ ص٧٢، ٧٣).
(٢) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٢) ص٢٨٠ .
(٣) المرجع السابق (ص٢٩٨).

الباب السابع
في انتهاء عقد المقاولة

الفصل الأول
انتهاء المقاولة بإنجاز العقد

[م-٧٩٧] إذا أدى المقاول التزامه حسب شروط العقد دون أية مخالفة، وقام بتسليم العمل لصاحبه، وقام صاحب العمل بتسليم البدل المتفق عليه إلى المقاول لقاء إنجازه عمله فقد انتهى عقد المقاولة، وتحققت صورة من صور انقضاء عقد المقاولة، وهي صورة انقضاء المقاولة بالإنجاز؛ لأن إنجاز العمل هو الغرض من العقد، وإذا حصل غرض العقد لم يبق مسوغ لبقاء عقد المقاولة.



الفصل الثاني
إنهاء عقد المقاولة عن طريق الإقالة

[م-٧٩٨] إن كان إنهاء العقد بين المقاول وصاحب العمل جاء بلفظ الفسخ، كأن يطلب أحدهما فسخ العقد، والآخر يقبل ذلك. فالعقد ينفسخ بشرطه، وهو أن يكون الفسخ بالتراضي دون إكراه أو إلجاء.

وإن كان إنهاء العقد بين المقاول وصاحب العمل جاء بلفظ الإقالة، فيأتي الخلاف الفقهي هل تعتبر الإقالة بيعًا مستأنفًا، أو تعتبر فسخًا للعقد؟

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال:

فقيل: الإقالة فسخ، اختاره زفر من الحنفية(١)، وبعض المالكية(٢)، والقول الجديد للشافعي، وهو المشهور عندهم(٣)، والمذهب عند الحنابلة(٤)، فإن تعذر حملها على الفسخ امتنعت.

واختار أبو حنيفة أنها فسخ في حق العاقدين فقط، بيع جديد في حق شخص ثالث غيرهما(٥).

---

(١) لم يختلف الحنفية في أن الإقالة فسخ قبل القبض، وحكوه إجماعًا انظر البحر الرائق (٦/ ١١١)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٣)، بشرط أن تكون الإقالة بمثل الثمن من غير زيادة ولا نقصان، انظر الكافي لابن عبد البر (ص٣٦١)، المنتقى للباجي (٤/ ٢٨١).

(٣) الأم (٣/ ٣٨، ٧٦)، الوسيط (٣/ ١٤٠)، حواشي الشرواني (٣/ ١٩٢)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٥)، أسنى المطالب (٢/ ٧٤).

(٤) الإنصاف (٤/ ٣٦٨)، الكافي (٢/ ١٠١)، المبدع (٤/ ١٢٣)، المغني (٤/ ٩٥)، كشاف القناع (٣/ ٢٤٨)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٥٤).

(٥) البحر الرائق (٦/ ١١٠، ١١١)، الجامع الصغير (ص٣٦٤)، المبسوط (١٤/ ٦٦)، =

واختار محمد بن الحسن أن الإقالة فسخ إلا إذا تعذر حملها على الفسخ، فتجعل بيعًا للضرورة[1].

وقيل: الإقالة بيع جديد، وهذا هو مذهب المالكية[2]، والقول القديم

= (٢٥/ ١٦٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٤، ٥٥)، بدائع (٥/ ٣٠٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٧٠).

(١) البحر الرائق (٦/ ١١١)، الجامع الصغير (ص٣٦٤)، المبسوط (٢٥/ ١٦٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٥)، (٥/ ٣٠٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٧١).

(٢) واستثنى المالكية ثلاثة أشياء، تعتبر الإقالة فيها ليست بيعًا، وهي:

الأولى: الإقالة في الطعام قبل قبضه، فإن الإقالة فيه لا تعتبر بيعًا، لأنها لو كانت بيعًا لأدى ذلك إلى بيع الطعام قبل قبضه، وهذا ممتنع، وإذا كانت فسخًا فلا بد من توفر شروط الفسخ، بأن تكون الإقالة بالثمن الذي وقع عليه البيع من غير زيادة ولا نقصان، ولا تغيير، ولا بد أن تشمل الإقالة جميع الطعام، فلا تجوز الإقالة في جزء منه دون جزء، ولا بد من رد الثمن وقت الإقالة دون تأخير إن كان البائع قد قبضه، وأن تكون الإقالة بلفظها، وليس بلفظ البيع.

انظر المدونة (٤/ ٧٦)، الشرح الكبير (٣/ ١٥٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٥٧)، شرح الزرقاني للموطأ (٣/ ٣٧٣)، التاج والإكليل (٤/ ٤٨٥)، التمهيد (١٦/ ٣٤٢).

الثانية: الإقالة فيما يتعلق بالشفعة. فإن الإقالة هنا تعتبر بحكم الملغاة، ولا يلتفت إليها، ولا يحكم عليها بأنها بيع، أو أنها فسخ، فمن باع عقارًا مشتركًا، ورجع إليه بالإقالة، وأراد شريكه الأخذ بالشفعة، فإنه يأخذه بثمن البيع الأول، وتعد الإقالة لغوًا، ولا ينظر إلى الثمن الذي وقعت به الإقالة حتى لو اختلف عن الثمن الأول. فلم يعتبروا الإقالة هنا لا بيعًا، ولا فسخًا، لأن الإقالة هنا لو كانت بيعًا لكان الشفيع بالخيار في جعل عهدته على من يشاء من العاقدين؛ لأن البائع يصير مشتريًا على القول بأنه بيع، كما إذا تعدد بيع الشقص، فإن الشفيع يأخذ بأي البيع شاء، وعهدته على من يأخذ منه، كما أنها أيضًا ليست فسخًا؛ لأنها لو كانت فسخًا لامتنع حق الأخذ بالشفعة، فعلى ذلك اعتبروا الإقالة ملغاة، ورتبوا الشفعة على البيع الذي قبلها.

انظر مواهب الجليل ومعه التاج والإكليل (٤/ ٤٨٥)، الخرشي (٥/ ١٦٦)، الذخيرة (٧/ ٣٥٥).

الثالثة: الإقالة في بيع المرابحة، فإذا اشترى رجل سلعة بعشرة، ثم باعها مرابحة بخمسة =

للشافعي[(١)]، ورواية عند الحنابلة[(٢)]، وهو اختيار ابن حزم[(٣)].

واختار أبو يوسف أن الإقالة بيع في حق العاقدين وغيرهما إلا أن يتعذر جعلها بيعًا، فتكون فسخًا[(٤)].

وقد ذكرنا أدلتهم في عقد البيع من المجلد السابع فأغنى عن إعادة ذلك، ورجحنا أن الإقالة فسخ بشرط أن تكون بمثل الثمن الأول، فإن كانت بأكثر منه، أو بأقل، أو بثمن مختلف عن الثمن الأول فإنها بيع من البيوع يشترط فيها ما يشترط في البيع.

فإن قيل: كيف تعتبر فسخًا في حال، وبيعًا في حال، وحقيقتها واحدة؟

فالجواب: أن الأصل أنها فسخ لما كان ذلك يؤدي إلى رفع العقد، ورجوع المبيع إلى البائع، والثمن إلى المشتري، ولكن لما اختلف الحال، بأن كان الثمن بأكثر من الثمن الأول علمنا أن العاقدين لم يريدا من لفظ الإقالة الفسخ، وإنما أرادا والله أعلم عقدًا آخر، ولكنهما استعملا لفظ الإقالة، والعبرة في العقود بالمعاني، فلو قال: وهبتك هذا بعشرة كان بيعًا، وإن استعمل لفظ الهبة، لأنه حين ذكر العوض خرج من حقيقة الهبة إلى حقيقة المعاوضة، والله أعلم.

= عشر، ثم استقاله المشتري، فإذا أراد أن يبيعها برأس ماله فإنه يبيعها بالثمن الأول (العشرة)، وليس بالثمن الذي حصلت به الإقالة، بخلاف ما لو ملكها عن طريق الشراء، فإنه لا يجب عليه بيان الثمن الأول. ومثله لو كانت الإقالة بأكثر من الثمن أو أنقص لم يجب عليه البيان.

انظر مواهب الجليل (٤/ ٤٨٥)، الشرح الصغير (٣/ ٢٠٩، ٢١٠).

(١) الوسيط (٣/ ١٤٠)، حواشي الشرواني (٤/ ٣٩٢).

(٢) الكافي (٢/ ١٠١)، المبدع (٤/ ١٢٣، ١٢٤)، المغني (٤/ ٩٥).

(٣) مسألة: (١٥١٠) المحلى (٧/ ٤٨٣).

(٤) البحر الرائق (٦/ ١١١)، المبسوط (٢٥/ ١٦٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٥).

فإذا كانت الإقالة فسخًا بشرط أن تكون بمثل الثمن، فإن الفسخ يرد على عقد المقاولة؛ لأن عقد المقاولة إن كان على صورة الأجير المشترك، فإن الإقالة ترد عليه؛ لأن الفسخ يرد على العقود الصحيحة اللازمة، وهذا منها.

وإن كان عقد المقاولة على صورة الاستصناع، فالفسخ يرد عليه:

لأنه إن قيل: إن الاستصناع نوع من عقود السلم كما هو مذهب الجمهور، فعقد السلم يقبل الإقالة، وهو مذهب الأئمة الأربعة خلافًا لابن حزم، وقد تكلمنا عن ذلك في عقد السلم، فأغنى عن إعادته.

وإن قلنا: إنه عقد قائم بذاته، كما هو مذهب الحنفية.

فإن قلنا: إنه عقد لازم، كما اختارت ذلك مجلة الأحكام العدلية، والقول الأخير لأبي يوسف فإن الإقالة ترد عليه.

وإن قلنا بالتفصيل كما هو رأي جمهور الحنفية: وأن عقد الاستصناع عقد جائز في حق المستصنع والصانع قبل تقديم المصنوع إلى الصانع، فلا ترد عليه الإقالة في هذه المرحلة.

وأما بعد تقديم المصنوع إلى الصانع فإنه عقد لازم في حق الصانع، وجائز في حق المستصنع، فالإقالة ترد في حق الصانع دون المستصنع.

وقد رجحت مذهب أبي يوسف، وهو اختيار مجمع الفقه الإسلامي، وبالتالي ترد الإقالة على عقد الاستصناع مطلقًا، قبل التصنيع وبعده، وقد ذكرت هذا التفصيل بأدلته في عقد الاستصناع، فأغنى ذلك عن تكراره هنا، والله أعلم.



الفصل الثالث
انتهاء المقاولة بوجود ما يقتضي الفسخ

[م-٧٩٩] قد تنتهي المقاولة بوجود ما يقتضي الرد، وذلك بأن يكون عمل المقاول مخالفًا للشروط والمواصفات المتفق عليها، فإذا كان المعقود عليه معيبًا عيبًا ينقص العين، أو ينقص القيمة، أو يفوت به غرض صحيح لصاحبه كان لصاحب العمل الخيار في رد المعقود عليه أو قبوله، وهذا باتفاق الفقهاء.

وعقد المقاولة يدخله خيار الرد بالعيب.

أولًا: لأن خيار العيب لا يدخل إلا العقود اللازمة، وعقد المقاولة من العقود اللازمة، أما العقود الجائزة فإنه يكتفى بجوازها عن المطالبة بالفسخ.

الثاني: أن خيار العيب لا يتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامه، بل ينشأ لمجرد وقوع سببه الذي ربط قيامه به، وهو وجود العيب.

يقول ابن عابدين في حاشيته: «خيار العيب يثبت بلا شرط»(١).

فإذا اختار صاحب العمل الرد في عقد المقاولة، كان ذلك سببًا لانتهاء عقد المقاولة.

وإن قبل صاحب العمل العيب فهذا له؛ لأن الحق له فإذا أسقطه سقط. وإن اتفقا على قبول العيب، وأن يعطيه المقاول قيمة العيب.

فقيل: هذا جائز، وعليه عامة أهل العلم.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣).

قال ابن رشد: «فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته، ويعطيه البائع قيمة العيب، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك»[١].

وقيل: لا يصح، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، وهو المذهب عندهم[٢].

وقد ذكرنا أدلتهم في خيار العيب، فأغنى ذلك عن إعادته.



(١) بداية المجتهد (٢/ ١٣٤).

(٢) المجموع (١١/ ٣٦٢)، الحاوي الكبير (٥/ ٢٤٨)، البيان للعمراني (٥/ ٢٨٨)، المهذب للشيرازي (١/ ٢٨٤)، مغني المحتاج (٢/ ٥٥، ٥٦).

الفصل الرابع
في موت المقاول

[م-٨٠٠] إذا مات المقاول فهل ينتهي عقد المقاولة؟

الجواب فيه تفصيل: إذا كان رب العمل قد اشترط على المقاول أن يقوم بنفسه بالعمل، أو كانت شخصية المقاول ومؤهلاته محل اعتبار في التعاقد كالطبيب والرسام فإن العقد ينتهي بموته.

لأن صاحب العمل حين شرط على المقاول مباشرة العمل بنفسه، أو كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد أصبحت شخصية المقاول معقودًا عليها، فبموت المقاول يكون قد فات المحل المعقود عليه، فينتهي العقد مثله تمامًا لو كان عقد الإجارة على شيء معين فهلك(١).

قال الشربيني في الإقناع: «وتنفسخ بموت الأجير المعين؛ لأنه مورد العقد، لا لأنه عاقد...»(٢).

أما إذا خلا العقد من مثل هذا الشرط، أو كانت شخصية المقاول ليست محل اعتبار في التعاقد فقد اختلف العلماء في موته هل ينتهي بذلك عقد المقاولة؟

فقيل: ينتهي العقد بموته، وهذا مذهب الحنفية، والثوري والليث، واختيار ابن حزم من الظاهرية(٣).

---

(١) نهاية المحتاج (٥/ ٣١٧)، أسنى المطالب (١/ ٤٥٦)، كشاف القناع (٤/ ٣١)، المبدع (٥/ ٨٩).

(٢) الإقناع (٢/ ٣٥٠).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٢)، العناية شرح الهداية (٩/ ١٤٥)، تبيين الحقائق (٥/ ١٤٤)، المحلى، مسألة (١٢٩١). =

وقيل: لا ينتهي العقد بموت المقاول (الأجير المشترك)، وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة[(١)].

❑ وجه قول الحنفية ومن معهم:

بأن عقد الإجارة عقد يتجدد انعقاده ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة، فالمنفعة التي يستحقها رب العمل بالعقد هي التي تحدث على ملك الأجير، فإذا مات فإن ما يحدث من المنافع يكون ملكًا لوارثه فلا ينفذ فيه عقده.

وأجاب الجمهور:

هذا الإيراد يرد على مذهب المالكية الذين يقولون بأن الأجرة تستحق شيئًا فشيئًا بقدر ما يقبض من المنفعة، أما الشافعية والحنابلة الذين يقولون: إن الأجرة تملك بالعقد فلا يرد عليهم هذا القول[(٢)]، لأنهم يقولون: إن المقاول قد ملك الأجرة، وصاحب العمل قد ملك المنفعة بالعقد، وإذا كانت المنفعة مستحقة في ذمة الأجير لم تسقط بالموت كالدين، فيجب استيفاء المنفعة من تركة الأجير، ولا يحق لورثته الاعتراض على عقود مورثهم، فإنها من جملة ما ورثوه.

= قال في بداية المجتهد (٢/ ١٧٣): «هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين، أعني المكري، أو المكتري، فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور: لا ينفسخ، ويورث عقد الكراء. وقال أبو حنيفة والثوري والليث: ينفسخ...».

(١) التاج والإكليل (٤/ ٤١٨)، القوانين الفقهية (ص١٨٣)، الفواكه الدواني (٢/ ١١٣)، بداية المجتهد (٢/ ١٧٣)، مغني المحتاج (٢/ ٣٥٦)، تحفة المحتاج (٦/ ١٨٧)، نهاية المحتاج (٥/ ٣١٧)، الفروع (٤/ ٤٤٢)، المغني (٥/ ٢٧١)، الإنصاف (٦/ ٦٤).

(٢) فتح الوهاب (١/ ٤٢٣)، حاشية الجمل (٣/ ٥٣٥)، المغني (٥/ ٢٥٧)، كشاف القناع (٤/ ٤٠)، الفروع لابن مفلح (٤/ ٤٢٤، ٤٢٥).

□ وجه قول الجمهور:

أن الإجارة من العقود اللازمة كالبيع، فلا تتأثر بالوفاة.

ولأن العقد لم يقع على عين المقاول، فعين المقاول ليست مقصودة، وإنما العقد وارد على العمل، وهو في الذمة، وقد استحق قبل موته فلا يسقطه الموت.

□ الراجح:

مذهب الجمهور، وأن موت المقاول لا يوجب الفسخ إلا إذا كانت عين المقاول مقصودة بالعقد، كما لو اشترط صاحب العمل أن يباشر المقاول العمل بنفسه، أو كانت شخصيته ومؤهلاته محل اعتبار في التعاقد، إلا أنه يجوز لصاحب العمل المطالبة بفسخ العقد إذا لم تتوفر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل[١].

وفي حال الفسخ يدخل في التركة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات بحسب شروط العقد، وبمقتضى العرف.

ومثل الموت لو أصاب المقاول مرض، أو أصابه عجز عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه، فإن لم يكن هناك شرط أن يباشر العمل بنفسه، ولم تكن شخصيته محل اعتبار في التعاقد فإنه لا يفسخ العقد بمرضه أو عجزه، وإلا فسخ العقد.

قال الزركشي: «فمتى مرض المؤجر والحال هذه لزمه أن يقيم مقامه من يعمل ذلك ليخرج من الحق الواجب في ذمته إيفاؤه أشبه المسلم فيه...

---

(١) انظر المنتقى للباجي (٥/ ١٣٥).

ويستثنى من ذلك ما إذا شرط عينه كأن تخيط لي هذا الثوب، فهاهنا لا يقيم غيره مقامه، بل يخير المستأجر بين الفسخ والصبر حتى يتبين الحال، والله أعلم»[١].



(١) شرح الزركشي (٢/ ١٨٢).

عقد التوريد

تمهيد

المبحث الأول
التعريف بعقد التوريد

تعريف التوريد اصطلاحًا[١]:

عرف مجمع الفقه الإسلامي التوريد بقوله: «عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعًا معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه»[٢].

وعقد التوريد يمكن أن يكون مرة واحدة كما لو كان العقد يقضي بتوريد كمية من السلع دفعة واحدة. ويمكن أن يكون منجمًا يتم بصفة متكررة.

كما أن التوريد يمكن أن يكون لسلعة مصنعة وجاهزة، ويمكن أن يكون التوريد لشيء غير موجود يراد تصنيعه.

وقد يكون عقد التوريد محليًا أو دوليًا: أي قد يتم بين منشأتين في بلد واحد، أو في بلدين مختلفين، فهو لا يعني بالضرورة أنه عقد متعلق

---

(١) التوريد في اللغة مصدر ورَّد يرد بالكسر ورودًا، بمعنى أحضر.
وأورده غيره واستورده: أي أحضره. وأورد فلان الشيء أحضره.
انظر مختار الصحاح (ص٣٢٢)، القاموس المحيط (ص٤١٥)، لسان العرب (٣/ ٤٥٧)، الوسيط (٢/ ١٠٣٥).

(٢) مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٧١).

بالاستيراد والتصدير، وإن سمي البائع موردًا، والمشتري مستوردًا، أو موردًا له[1].

وقد يكون العقد في التوريد من العقود الإدارية، وهو ما كان أحد طرفيه شخصًا معنويًا من أشخاص القانون العام، وهذا هو الغالب على عقود التوريد، لذلك كانت أكثر تعريفات الباحثين لعقد التوريد تتناوله على أنه من العقود الإدارية.

وقد يكون عقد التوريد عقدًا خاصًا بين الأفراد، أو بين الأفراد والشركات الخاصة، أو بين الشركات الخاصة فيما بينها، والفقه الإسلامي لا يفرق بين العقود الإدارية والعقود الخاصة.



(١) انظر عقود التوريد والمناقصات - رفيق يونس المصري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، في الدورة الثانية عشرة (٢/ ٤٧٧)، عقد المقاولة - العايد (ص٣٥٢).

المبحث الثاني
خصائص عقد التوريد

[م-٨٠١] خصائص عقد التوريد:

(١) يعتبر عقد التوريد من العقود اللازمة للطرفين المورد والمورد له.

(٢) يعتبر عقد التوريد من عقود المعاوضات حيث يفضي إلى تمليك السلعة للمستورد، والثمن للمورد بصورة مؤبدة.

(٣) يعتبر عقد التوريد من أنواع البيع على الصفة حيث يكون المبيع غائبًا عن مجلس العقد، وإنما يكتفى إما برؤية متقدمة، أو رؤية أنموذج له، أو عن طريق وصفه وصفًا دقيقًا يميزه عما عداه.

(٤) تأجيل الثمن كله أو بعضه، مما يعني غياب العوضين عن مجلس العقد، وتأجيلهما جملة أو أقساطًا إلى زمن مستقبل.

ويمكن تصنيف المبيع الغائب في عقود التوريد إلى ثلاثة أنواع:

(١) أن يكون المبيع سلعة معينة موجودة لدى المورد إلا أنها غائبة عن مجلس العقد.

(٢) أن يكون المبيع سلعة موصوفة في الذمة وليست معينة، وهذا هو الغالب على عقود التوريد.

وهذا ينقسم إلى قسمين:

(أ) سلع تتطلب صناعة المورد.

(ب) سلع جاهزة لا تتطلب صناعة المورد.

(٣) أن يكون المبيع توريد خدمة من الخدمات، وهذا التوريد ينطبق عليه أحكام الأجير المشترك؛ لأنها خدمات في الذمة إلا أنها تستحصل شيئًا فشيئًا.

فهذه الأنواع جمعت صورًا من العقود:

من ذلك عقد البيع، كبيع سلعة معينة غائبة عن مجلس العقد.

وعقد مقاولة: إذا كانت السلعة تحتاج إلى صناعة، أو في حال تقديم خدمة في الذمة تستحصل شيئًا فشيئًا.

وعقد سلم إذا كانت السلعة المبيعة جاهزة إلا أنها موصوفة في الذمة.



المبحث الثالث
عقد التوريد وبيع ما ليس عند المورد

[م-٨٠٢] عقد التوريد هل يدخل في بيع ما ليس عند البائع؟

وللجواب عن ذلك نقول: عقد التوريد قائم على بيع سلعة غائبة.

إلا أن هذه السلعة إن كانت معينة فإنه يشترط أن يكون المورد مالكًا لها، أو مأذونًا له في بيعها، وبالتالي لا يدخل في بيع ما ليس عند البائع.

فإن باعها قبل تملكها، أو قبل أن يؤذن له في بيعها، فينظر:

فإن باعها لحظ نفسه فقد باع ما لا يملك. وهذا منهي عنه بالإجماع.

وإن باعها لحظ مالكها انطبق على هذا التصرف حكم بيع الفضولي، وهو بيع مختلف فيه، والصحيح أنه بيع صحيح موقوف على إذن المالك، وسبق الكلام عنه في عقد البيع.

وإن كانت السلعة غير معينة أي موصوفة في الذمة فإنه لا يشترط أن تكون عند البائع، ولا يدخل في النهي عن بيع ما ليس عند البائع.

يقول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «لما نهى رسول الله ﷺ حكيمًا عن بيع ما ليس عنده وأذن في السلم استدللنا على أنه لا ينهى عما أمر به، وعلمنا أنه إنما نهى حكيمًا عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضمونًا عليه، وذلك بيع الأعيان»[(١)].

وبالتالي لا يدخل بيع السلع الموصوفة في الذمة في النهي عن بيع ما ليس عند البائع، ولا فرق في ذلك بين السلع التي تحتاج إلى صناعة وهو ما يعرف بعقد

---

(١) الأم (٣/ ٩٤).

الاستصناع، والذي أجازه الحنفية ولو كان البدلان مؤجلين، وبين السلع الجاهزة كالقمح والأرز ونحوهما والذي يشترط فيه تعجيل الثمن عند الجميع، بل يكفي أن يغلب على الظن أن تكون السلعة عامة الوجود في وقت التسليم، وحينئذ يكون البائع قد باع ما يملك القدرة على تسليمه في الميعاد المطلوب، وهذا كاف في التصحيح.

وبناء على هذا نستطيع أن نقول: إن عقد التوريد ليس داخلًا في النهي عن بيع ما ليس عند البائع.



الباب الأول
في توصيف عقد التوريد

الفصل الأول
عقد التوريد والعقود المسماة

[م-٨٠٣] هل عقد التوريد يعتبر من العقود المسماة في الفقه الإسلامي، والذي ينبغي أن يكون الاجتهاد في تكييف هذا العقد، هل هو من قبيل السلم، أو الاستصناع، أو الإجارة في الذمة، بحيث يطبق عليه شروط كل عقد من هذه العقود؟ أو يعتبر من العقود المستحدثة، وأن الأصل فيها الجواز والصحة إلا إذا كان هناك ما يوجب المنع من ربا أو غرر أو ظلم أو وقوع في محذور، كبيع الدين بالدين أو مخالفة للقواعد المسلمة؟

هذه المسألة فيها قولان لأهل العلم:

القول الأول:

يرى أن عقد التوريد من العقود المسماة في الفقه الإسلامي. وهذا هو رأي مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي(١)، واختاره مجموعة من العلماء منهم الشيخ عبد الله بن منيع(٢)، والشيخ سعود الثبيتي(٣).

---

(١) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٧ (١/ ١٢) بشأن موضوع عقود التوريد والمناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٧١، ٥٧٢).
(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٥٩).
(٣) المرجع السابق (٢/ ٥٥٠).

فهم يرون أن عقد التوريد قد يكون سلمًا، وقد يكون استصناعًا، وقد يكون بيع سلعة معينة غائبة عن مجلس العقد، وحكمه في هذه الحال يأخذ حكم كل مسألة من هذه المسائل.

وقد تكلمنا عنها فيما سبق.

القول الثاني:

يرى أن عقد التوريد من العقود المستحدثة والجديدة، والشريعة ترحب بالعقود الجديدة ما دامت قائمة على التراضي، وما دامت لا تحل حرامًا، ولا تحرم حلالًا، ولأن عقد التوريد يرجع إلى عقود المقاولات، وعقود المقاولات هي عقود مستجدة عرفت في هذا العصر، وكون عقد المقاولة يشبه الاستصناع أو يشبه عقد الإيجار هذا شبه عارض لا يختلف في حقيقته عن ذلك الشبه الذي يجده المرء بين العقود القديمة ذاتها.

فعلى سبيل المثال من الوارد أن يجد المرء ثمة تشابهًا بين شركة العنان، وشركة المفاوضة، وذلك على مستوى كون كل واحد منهما اتفاقًا قائمًا على الخلط بين المالين، بيد أنه من المعروف أن لكل واحدة منهما كيانها الخاص، وأنهما تختلفان في قضايا أخرى متصلة بحقيقتهما وجوهرهما مما يحتم عدم إلحاق إحداهما بالأخرى في الحكم.

فإذا أسقطنا عقد الاستصناع على عقد المقاولة كنا محكومين بالشروط التي وضعها الحنفية في عقد الاستصناع، من ذلك أن يجري العمل فيه بين الناس؛ لأن عقد الاستصناع جرى على خلاف القياس، بينما هذا الشرط ليس قائمًا في عقد المقاولة، كما يرى جمهور الحنفية خلافًا لأبي يوسف أن عقد الاستصناع عقد غير لازم قبل البدء بالعمل من الجانبين، وعقد المقاولة ليس كذلك.

وهكذا. وممن ذهب إلى أن عقد التوريد عقد جديد الشيخ عبد السلام العبادي، والشيخ عبد الوهاب أبو سليمان[١]، والشيخ عبد الستار أبو غدة[٢].

وقد تكلمنا على هذه المسألة في عقد المقاولة فيما سبق فأغنى عن إعادته هنا.

وإذا كان عقد المقاولة من العقود المستحدثة كان التوريد من العقود المستحدثة؛ لأنه جزء منه.

والقائلون بذلك قد انقسموا في حكمه إلى فريقين:

فريق يرى جواز عقد التوريد مطلقًا بناء على أن الأصل في العقود الصحة والجواز، ومن هؤلاء فضيلة الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان.

وفريق يرى تحريم عقد التوريد؛ إما لأن فيه غررًا، أو لأن فيه تأجيل البدلين.

وهذا ما سوف نتعرض له بشيء من التفصيل عند الكلام عن صور عقود التوريد إن شاء الله تعالى.



(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٣٢، ٥٣٣).
(٢) المرجع السابق (٢/ ٥٤٨).

الفصل الثاني
التوريد بين العقد والوعد

[م-٨٠٤] اختلف الفقهاء المعاصرون هل بيع عقد التوريد عقد أو مواعدة.

فأكثر الباحثين على أن التوريد عقد، وليس وعدًا بالعقد. وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي.

جاء في قرار المجمع رقم ١٠٧ (١/ ١٢): «عقد التوريد عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعًا معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه...».

وقيل: عقد التوريد لا يعدو من الناحية الشرعية أن يكون تفاهمًا ومواعدة من الطرفين، أما البيع الفعلي فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات.

وهذه المواعدة ملزمة للجانبين وليست عقدًا باتًا. وهذا ما اختاره محمد تقي العثماني(١).

والقول بلزوم المواعدة عند الحاجة له نظائر في الفقه الإسلامي من ذلك ما جاء في الفتاوى الخانية عن بيع الوفاء.

قال قاضي خان من الحنفية: «واختلفوا في البيع الذي يسميه الناس بيع الوفاء، أو البيع الجائز، قال أكثر المشايخ منهم السيد الإمام أبو شجاع، والقاضي الإمام أبو الحسن السغدي حكمه حكم الرهن... والصحيح أن العقد

(١) عقود التوريد والمناقصة - محمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الثانية عشرة (٢/ ٣١٤).

الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهنًا، ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع... وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالوعد؛ لأن المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس»(١).

فعبارة القاضي خان صريحة في أن المواعدة يمكن أن تجعل لازمة لحاجة الناس، ولا شك أن الحاجة في الإلزام بالمواعدة ظاهرة في عقود التوريد، فلو لم يكن وعد المشتري ملزمًا لتضرر البائع والمشتري ضررًا بينًا.

فضرر البائع يتمثل في الجهد والمال المبذولين في توفير السلعة بناء على طلب المشتري، فإنه لولا وعد المشتري بالشراء لم يتكبد البائع هذا الجهد، ولم ينفق هذه المبالغ الكبيرة، وربما لا يوجد من يشتري منه ذلك النوع من البضائع التي وفرها بناء على رغبة المشتري، فرفض المشتري شراءها يضيع مال البائع ووقته وجهده، ويسبب له خسائر لا تحتمل.

وكذلك المشتري قد يتضرر بكون الوعد غير ملزم، وذلك أنه لما وعده البائع بتوفير هذه الكمية من السلع أمسك عن طلبها من تاجر آخر اعتمادًا على وعد البائع، وربما فاته عروض مغرية بسبب احترامه للوعد القائم بينه وبين البائع، وربما لا يستطيع توفير السلعة في التاريخ المتفق عليه من غير البائع إذا أخل البائع بوعده، وامتنع من توفير السلعة(٢).

---

(١) الفتاوى الخانية بهامش الهندية (٢/ ١٦٥)، وانظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٣١٤، ٣١٥).

(٢) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٣١٦، ٣١٧).

ونوقش هذا:

إذا تم الاتفاق على كون المواعدة ملزمة للطرفين فهذا يصير الوعد عقدًا؛ لأن الإلزام من أبرز خصائص العقد، وقد صرح الفقهاء بأن الوعد لا يعتبر عقدًا.

وفي ذلك يقول ابن حزم: والتواعد على بيع الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة، وفي سائر الأصناف الأربعة بعضها ببعض جائز تبايعا بعد ذلك، أو لم يتبايعا؛ لأن الوعد ليس بيعًا»[1].

فالقول بالإلزام بالوعد مع القول بأن البيع الفعلي لا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات قول ينقض بعضه بعضًا، فإذا ألزمنا المشتري بالوعد السابق بالثمن السابق كان البيع منعقدًا بذلك الوعد؛ لأنه لا خيار لهما في إحداث إيجاب جديد، وسعر جديد، وكان الإيجاب والقبول الحادث عند التسليم لا حاجة إليهما، فهما إيجاب وقبول صوريان، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وأجيب:

بأن المواعدة ليست عقدًا باتًا، وإنما هي موافقة الطرفين على إنجاز العقد في تاريخ لاحق، وهو يحتاج إلى الإيجاب والقبول في التاريخ اللاحق.

والفرق: أن إنجاز العقد ينقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة حالًا فور ما يتم

---

(١) وفي مذهب الحنفية، جاء في المادة (١٧١) من مجلة الأحكام: «صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع، وأشتري، لا ينعقد بها البيع».
قال في شرحها: «صيغة الاستقبال في اللغة العربية هي المضارع المقترن بالسين أو سوف، كأن يقال: سأبيعك، أو سوف أبيعك، وإنما لا ينعقد البيع بها؛ لأنها وعد مجرد».
وقال صاحب كشاف القناع: «لو قال البائع بعتك بكذا، فقال المشتري: أنا آخذه بذلك لم يصح: أي لم ينعقد البيع؛ لأن ذلك وعد بأخذه».

الإيجاب والقبول، فيكون الثمن دينًا في ذمة المشتري، أو يكون المبيع دينًا في ذمة البائع كالسلم، وإذا أفلس المشتري فإن البائع أسوة الغرماء، ولا يسقط هذا الدين بموت المدين فيؤخذ من تركته.

أما المواعدة فلا تنشئ دينًا على أحد من الطرفين، ولا يحق للواعد بالشراء أن يأخذ الشيء الموعود بيعه من تركة الواعد بالبيع بعد موته، أو بعد إفلاسه، فظهر أن المواعدة ليست عقدًا، ولا تنتج عنها آثار العقد ولا المديونية إلا في التاريخ الموعود، ولا تحدث هذه النتائج بصفة تلقائية حتى في التاريخ الموعود، بل يجب عند ذلك أن يتم الإيجاب والقبول من الطرفين على أنه إن عرض لأحد الطرفين في المواعدة عذر حقيقي مقبول منعه من إنجاز الوعد فإنه يعد معذورًا، ولا يجبر على إنجاز العقد، ولا على دفع التعويض.

أما أثر كون المواعدة لازمة فلا يتجاوز من أن يجبر الحاكم الفريقين بإنجاز العقد في التاريخ الموعود، وإن أخل أحدهما بالوفاء بوعده حمله الحاكم ما تضرر به الآخر من الضرر المالي الفعلي الذي حدث بسبب تخلفه عن الوفاء، وهذه النتيجة مختلفة تمامًا عن نتائج إنجاز العقد الذي ينقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة[١].

ويجاب:

بأن هذه الفروق ليست مستندة إلى قول فقهي، فالقول بالإلزام بالوعد لا يعرف عن الفقهاء المتقدمين، وبالتالي لا تكون فروقًا صحيحة، وقد كشفت عن ذلك عند بحث الإلزام بالمواعدة في بيع المرابحة للآمر بالشراء فأغنى عن إعادته هنا، والاستدلال في كلام قاضي خان لا يسعف ذلك أنه اشترط أن يكون

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٣١٧ - ٣١٩).

الوعد متبرعًا به، وليس مشروطًا، فإن كان مشروطًا كجزء من المعاوضة يرى القاضي خان أنه يفسد العقد، فكان بينه وبين الإلزام بالوعد في التوريد فرق كبير، والله أعلم.



الفصل الثالث
التوريد من العقود اللازمة

[م-٨٠٥] رجحنا في المبحث السابق أن التوريد عقد من العقود، فهل هذا العقد هو من العقود اللازمة منذ صدور الإيجاب والقبول، أو هو عقد جائز غير لازم؟

قال الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان: «يظل العقد غير لازم حتى يوفي البائع بكافة الصفات المشروطة في المبيع»[١].

ويقول أيضًا: «عقد التوريد ليس من قبيل بيع الدين بالدين... وإنما هو في حدود الاتفاق والوعد لا يتجاوزهما العقد، فمن ثم يظل العقد جائزًا قابلًا للفسخ حتى يتم تسليم المبيع»[٢].

والصحيح أن العقد لازم من حين صدور القبول مطابقًا للإيجاب، ويطالب البائع بالالتزام بكافة الصفات المشروطة في المبيع على سبيل الإلزام، والإخلال بالصفات لا يجعل العقد غير لازم، وإنما للمشتري أن يطالبه ببدله مطابقًا للمواصفات على سبيل الإلزام.

وجه ذلك: أن الشيء المتعاقد عليه ثابت في ذمة المورد، وما ثبت في الذمة لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، وقد انعقد عقد التوريد صحيحًا مستجمعًا لشروطه، وحق المشتري أن يستلم الشيء المتعاقد عليه مطابقًا للمواصفات خاليًا من العيوب، فإذا دفع البائع سلعة غير مطابقة للمواصفات كان من حق

(١) فقه المعاملات الحديثة - عبد الوهاب أبو سليمان (ص٤٢).
(٢) المرجع السابق (ص٩١).

المشتري أن يرجع إلى ما وجب في ذمة المورد، ويطالبه أن يدفع بدله سليمًا؛ لأن حقه لم يتعلق بعين المدفوع.



الفصل الرابع
التوريد عقد مركب من بيع وإجارة

[م-٨٠٦] من أهم الأمور التي ينبغي تحريرها في عقد التوريد هل هو عقد بيع، أو عقد إجارة، أو هو عقد مركب من بيع وإجارة؟

وأهمية ذلك ترجع إلى اشتراط تقديم الثمن.

فإن قلنا: إن عقد التوريد عقد بيع، وكان المبيع موصوفًا في الذمة اشترطنا تقديم الثمن حتى لا نقع في بيع الدين بالدين.

ولما كانت الممارسات القائمة في أسواق المسلمين لا تقوم على تقديم الثمن؛ لأن في ذلك مخاطرة كبيرة فقد لا يلتزم المورد بتسليم البضاعة، وإذا التزم بتسليمها فقد لا يلتزم بالمواصفات المتفق عليها.

لذا رأى بعضهم أن يفتي بجواز هذه المعاملة بالرغم من كونه مخالفًا للأصول، وذلك على أساس أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، ولأنه ليس في هذا العقد ما يؤدي إلى الربا أو القمار، أو الغرر الفاحش الذي هو علة لمنع بيع الكالئ بالكالئ.

قال الشيخ القاضي محمد تقي العثماني: «ولكن هذا الرأي فيه نظر من وجوه، ولو فتحنا باب غض النظر عن هذه المبادئ التي استمر عليها الفقه الإسلامي عبر القرون، فإن ذلك يفتح المجال لإباحة كثير من العقود الفاسدة التي ابتدعها السوق الرأسمالي مثل المستقبليات وغيرها»[1].

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٣١٤).

ومنهم من حاول الهروب من هذا الإشكال بالقول:

إن هذا ليس عقدًا، وإنما هو من قبيل المواعدة الملزمة، أما البيع الفعلي فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات...

وهذا رأي مجموعة من الباحثين، منهم الشيخ العثماني.

وقريب من هذا القول رأي الشيخ وهبة الزحيلي:

يقول الشيخ وهبة: «ما يتعلق بعقد التوريد هو في الواقع مجرد اتفاق أولي بين الجهة المستفيدة وبين الجهة المقدمة لهذه الخدمات، فهو اتفاق ينقلب في نهاية الأمر إلى عقود فردية متكررة، كلما تقدم المورد بصفقة معينة يقدم فاتورة المبيعات ويذكر الثمن، ثم تأتي الجهة التي تستفيد من هذا التنفيذ بإقرار هذا العمل، وتدفع له الثمن على هذه الصفقة التي قدمها، فإذن هناك عدة عقود انفرادية من خلال اتفاق شامل، وهو الذي تسميه القوانين عقود التوريد، والأدق أن يقال له: اتفاق التوريد، فإذن ينقلب الأمر من اتفاق إلى عقد عند التنفيذ...»[1].

واضطرب الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان فتارة يسميه وعدًا واتفاقًا، وتارة يطلق عليه بأنه عقد جائز قابل للفسخ، وبينهما فرق، فالوعد ليس عقدًا حتى يقال: إنه عقد جائز.

يقول الشيخ أبو سليمان: «عقد التوريد ليس من قبيل بيع الدين بالدين، ذلك أن الدين شغل ذمة أحد المتبايعين للآخر بدين، وليس هذا في عقد التوريد من الدين بشيء، وإنما هو في حدود الاتفاق والوعد لا يتجاوزهما العقد، فمن ثم يظل العقد جائزًا قابلًا للفسخ حتى يتم تسليم المبيع»[2].

(١) المرجع السابق (٢/ ٥٣٥).

(٢) فقه المعاملات الحديثة - عبد الوهاب أبو سليمان (ص٩١).

ويناقش:

أما قول الشيخ العثماني فإنه يشكل عليه جعل المواعدة ملزمة، فإن الإلزام بالوعد في باب المعاوضات يجعل المواعدة عقدًا، ولا يعرف الإلزام في الوعد عند فقهائنا المتقدمين في باب المعاوضات، وقد قال به من قال من المعاصرين ليجد حلًا للبنوك الإسلامية في عمليات المرابحة المصرفية.

وأما قول الشيخ وهبة الزحيلي، فإنه يسأل هل هذا الاتفاق على التوريد له قوة الإلزام، فيكون عقدًا، أو ليس ملزمًا فيكون وعدًا؟ فإن كان ملزمًا كما هو مطبق في عقود التوريد فإن الاتفاق له حكم العقد، فيبقى لا فرق بين قوله وبين قول الشيخ العثماني.

ومنهم من اعتبر عقد التوريد عقدًا جديدًا، وإذا كان عقدًا جديدًا لم يجب فيه تطبيق شروط عقد السلم، وبالتالي لا يلزم المشتري تقديم الثمن.

يقول الشيخ عبد السلام العبادي: «ومن هنا أميل مع التوجه الذي عرضه لاحقًا الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان من أنه عقد جديد، وبالتالي نخرج من كل هذه الإشكالات»(١).

وهذا المخرج لا يخرج فإن المبيع إذا كان في الذمة وجب تقديم الثمن حتى لا يؤخر العوضان قديمًا كان العقد أو جديدًا، وكون العقد جديدًا فإنه لا يكسر المسلمات الفقهية، فما كان محذورًا في العقد القديم كان محذورًا في العقد الجديد.

ومن الفقهاء من حاول أن يقول: إن ابتداء الدين بالدين ليس كفسخ الدين بالدين، وأن ابتداء الدين بالدين لا مانع منه، واعتمد في هذا على مناقشة الإمام

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٣٣).

ابن تيمية في تحليله لا في أصل القضية، فالإمام ابن تيمية لما قال: إن ابتداء الدين بالدين حرام قال: «وذلك لأنه عمل لا فائدة منه، فناقشوا هذا التعليل، وقالوا: إن فيه فائدة، وأنه لولا أن فيه فائدة لما أقدم عليه كل واحد من الطرفين، فحتى لو فرض قبول هذه المناقشة لابن تيمية فإنما الذي يسقط هو تعليل ابن تيمية لا الحكم الشرعي الأصلي، وهو النهي عن بيع الكالئ بالكالئ»[١].

واستدل الشيخ عبد الله بن بيه على جواز بيع الدين بالدين بجوازه في بيع السلم بشرط اليومين والثلاثة، وبجوازه بلا شرط مطلقًا، وبجواز ذلك في عقد الاستصناع.

وأما عقد الاستصناع فلا حجة فيه؛ لأنه عقد وارد على عمل في الذمة وبيع عين موصوفة، والعمل في الذمة يجوز فيه تأجيل العوضين، فلذلك جاز عقد الاستصناع[٢].

وأما جوازه في اليومين والثلاثة فلأن المالكية رأوا أن ذلك لا ينافي وجوب تقديم الثمن لأن ما قرب من الشيء يعطى حكمه، فلا يقال: أجاز المالكية بيع الدين بالدين.

رأيي في الموضوع:

أرى أن عقد التوريد عقد وارد على عمل في الذمة وبيع سلعة موصوفة في الذمة. فهو ليس بيعًا محضًا، فالعقد وارد على عمل وبيع، وإذا كان كذلك لم يشترط فيه تقديم الثمن في مجلس العقد، بل يجوز فيه تأخير العوضين، وذلك

---

(١) المرجع السابق (٢/ ٥٤٥).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٥٢، ٥٥٣).

مثل عقد الاستصناع، ومثل الأجير المشترك، حيث لا يستحق الأجرة إلا بعد فراغه من العمل، مع أن العمل حين العقد متعلق في ذمة الأجير مما يعني تأخير العوضين، وهو مذهب الحنفية والحنابلة وقول في مذهب الشافعية[١].

فعمل المورد عنصر جوهري في التوريد، والمتمثل في إحضار وتقديم السلعة أو الخدمة إلى المورد إليه، ومن هنا جاءت التسمية؛ وسمي عقد التوريد بهذا الاسم من باب تسمية الشيء بأبرز ما فيه.

والسلعة والعمل مقصودان في عقود التوريد وإذا دخل السلعة العمْل جاز تأخير العوضين.

والعمل من البائع تارة يكون استصناعًا، والبائع يكون صانعًا. وهذا لا إشكال فيه في تأخير العوضين بناء على مذهب الحنفية.

وتارة يكون العمل ليس استصناعًا وإنما هو نقل للبضاعة من بلد إلى بلد، والقيام بشحنها إلى المستورد، ومراجعة البنك الضامن وتقديم مجموعة من المستندات إلى البنك لاستلام الثمن، وقد شرحنا هذه الخطوات في الاعتماد المستندي فأغنى عن إعادتها هنا. وكل هذا من البائع عمل مكلف ومقصود في السلعة، يخرج البيع من كونه بيعًا محضًا، ويجوز فيه تأخير العوضين، ولا يختلف هذا العمل عن عمل الصانع إلا أن عمل الصانع في المواد الخام، وعمل البائع كالأجير المشترك الذي يتعهد بإخراج البضاعة من المنتج إلى أن يقوم بشحنها إلى المستورد.

---

(١) البناية للعيني (٩/ ٢٨٩)، البحر الرائق (٨/ ٧)، فتح القدير (٩/ ٦٦)، الإنصاف (٦/ ٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣١١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨٨).

وبهذا التخريج لا أكون قد كسرت القواعد والمسلمات الفقهية في النهي عن بيع الدين بالدين، وقدمت تخريجًا مقبولًا لعمل الناس اليوم، ولله الحمد على توفيقه.



الباب الثاني
حكم عقد التوريد في الفقه الإسلامي

الفصل الأول
أن تكون السلعة الموردة معينة

المبحث الأول
أن تباع بلا رؤية ولا صفة

المبيع في عقد التوريد هو من قبيل بيع الغائب، إلا أن الغائب تارة يتعلق بالذمة، بحيث يكون البيع متوجهًا إلى سلعة غير معينة موصوفة في الذمة، فيكون هذا من قبيل بيع السلم، حالًا كان أو مؤجلًا.

أو من قبيل عقد الاستصناع إن كانت السلعة تحتاج إلى عمل وصنعة.

أو من الإجارة الواردة على الذمة إن كانت السلعة تحتاج إلى نقل وتوريد، أو كانت خدمة موصوفة في الذمة.

وتارة يكون البيع متوجهًا إلى سلعة معينة، فلا يقال: بأنه سلم أو استصناع، ولكن يقال له غائب معين، وهذا الغائب إما أن يكون قد شاهده البائع، ولم يمض على الرؤية وقت يخشى عليه من التغير، أو يكون موصوفًا لم يره المشتري، وإنما وصف له، أو يباع بدون رؤية ولا صفة، ولا تخرج القسمة عن هذه.

فإن كان العقد في التوريد واقعًا على سلعة موجودة معينة إلا أنها غائبة عن مجلس العقد، وكان المورد مالكًا لهذه السلعة أو مأذونًا له في بيعها فإن

الخلاف في جواز عقد التوريد راجع إلى الخلاف في بيع السلعة المعينة الغائبة عن مجلس العقد.

والسلعة المعينة الغائبة عن مجلس العقد تارة تباع بلا وصف ولا رؤية، بل يكتفى بتعيين جنسها كسيارة، ومنزل، وتارة تباع بالوصف.

[م-٨٠٧] فإن كان البيع في عقد التوريد على سلعة بعينها، وتم العقد عليها بلا رؤية ولا صفة، فقد اختلف العلماء في صحة البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يصح البيع، وله الخيار بمقتضى العقد إذا رأى السلعة، وهذا مذهب الحنفية[١]. وقول مرجوح في مذهب الشافعية[٢]، ورواية عن أحمد نقلها حنبل، واختارها ابن تيمية في موضع من كلامه[٣].

القول الثاني:

يصح البيع بلا صفة، ولا رؤية إذا كان المشتري قد اشترط له الخيار إذا رآه، فإن لم يشترط الخيار لم يصح البيع، وهذا مذهب المالكية[٤].

والفرق بين مذهب الحنفية والمالكية: أن الحنفية أثبتوا للمشتري خيار الرؤية بمقتضى العقد بدون شرط، والمالكية اشترطوا لصحة البيع اشتراط المشتري خيار الرؤية.

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ٢٥)، البحر الرائق (٦/ ٢٨) وما بعدها، فتح القدير مع العناية (٦/ ٣٣٥).
(٢) السراج الوهاج (ص١٧٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٨)، الوسيط (٣/ ٣٧).
(٣) الإنصاف (٤/ ٢٩٥)، الكافي (٢/ ١٢)، المغني (٤/ ١٥).
(٤) مواهب الجليل (٤/ ٢٩٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٥ - ٢٧)، التاج والإكليل (٦/ ١١٨، ١١٩).

القول الثالث:

لا يجوز البيع بغير صفة، ولا رؤية متقدمة، وهذا اختيار القاضي أبي محمد البغدادي من المالكية[١]، وهو الأظهر في مذهب الشافعية[٢]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٣].

فصارت الأقوال ثلاثة:

يصح مطلقًا وله خيار الرؤية إذا رآه.

لا يصح مطلقًا. وهذان القولان متقابلان.

يصح إن اشترط المشتري له الخيار إذا رآه، وإن لم يشترط الخيار فلا يصح.

هذا ملخص الأقوال في المسألة، وهي مهمة جدًا لوقوع التجار فيها، وأحيانًا لو انتظر المشتري ليرى السلعة فقد تفوته الصفقة؛ لكثرة الطلب عليها، والذي أحبه في المعاملات. خاصة في المسائل التي لم يرد فيها نص صريح. أن ينظر إلى مقاصد الشريعة في إباحتها ومنعها، فمن مقاصد الشريعة في المعاملات: إقامة العدل بين الناس، ومنع الظلم، ودفع الغرر الكثير، وإغلاق كل باب يؤدي إلى التنازع والتباغض، ومفسدة الغرر أخف من مفسدة الربا، فلذلك رخص في الغرر فيما تدعو إليه الحاجة منه، كما رخص في اليسير، وفي الشيء غير المقصود والذي يدخل تبعًا.

---

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٢١، ٥٢٢).

(٢) الأم (٣/ ٤٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٨)، الإقناع للشربيني (٢/ ٢٨٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠٥).

(٣) قال في الإنصاف (٤/ ٢٩٥): «إذا لم ير المبيع، فتارة يوصف له، وتارة لا يوصف له، فإن لم يوصف له لم يصح البيع على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب».

وقال في المغني (٤/ ١٥): «وفي بيع الغائب روايتان، أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف، ولم تتقدم رؤيته، لا يصح بيعه».

إذا عرفنا هذا يمكن القول: بأن بيع الغائب إن وقع بلا وصف ولا رؤية، فهو بيع جائز فيما أرى، ولكنه غير لازم، فللمشتري الخيار مطلقًا إذا رأى السلعة، وهنا نكون قد حققنا المصلحة لكل من المتعاقدين مصلحة البائع ومصلحة المشتري من غير لحوق ضرر فيهما، ودفعنا خوف الوقوع في الغرر، بكون البيع لا يلزم إلا إذا رأى المبيع.

وقد ذكرت هذه المسألة بأدلتها في عقد البيع فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، فارجع إلى أدلة الأقوال إن شئت في المجلد الثالث.

إذا علم ذلك نستطيع القول بأن عقد التوريد على سلعة معينة موجودة في في ملك البائع إذا تم عقد البيع على عينها بلا رؤية ولا صفة أن هذا عقد صحيح غير لازم، ولا مانع من تأخير تسليم العوضين؛ لأن أحد العوضين معين، وهو المبيع، فلا يكون من بيع الدين بالدين، والله أعلم.



المبحث الثاني
أن تباع السلعة المعينة الغائبة بالوصف

[م-٨٠٨] إذا كان البيع في عقد التوريد على سلعة معينة مملوكة للمورد، وكانت غائبة عن مجلس العقد، وتم البيع على عينها عن طريق الوصف، فقد اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال.

القول الأول:

يصح مطلقًا، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والقول القديم

---

(١) تقدم في المسألة الماضية أن الحنفية والمالكية يصححون البيع بدون رؤية ولا وصف، فمن باب أولى، أن يصححوا البيع إذا كان هناك وصف.
انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٤/ ٢٥)، البحر الرائق (٦/ ٢٨) وما بعدها، فتح القدير مع العناية (٦/ ٣٣٥).

(٢) قال في مواهب الجليل (٤/ ٢٩٦): «قال في المقدمات: وهو الصحيح... وقال في التوضيح: إنه في المدونة، ونسبه لبعض كبار أصحاب مالك، وقال ابن عرفة: إنه المعروف من المذهب...
وقال بعض كبار أصحاب مالك: لا ينعقد بيع إلا على أحد أمرين: إما على صفة توصف، أو على رؤية قد عرفها، أو شرط في عقد البيع أنه بالخيار إذا رأى، فكل بيع ينعقد في سلعة بعينها غائبة على غير ما وصفنا، فهو منتقض...».
وانظر: أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/ ٢٤٧)، المنتقى للباجي (٥/ ٨، ٥٤)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٢١، ٥٢٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٠)، إلا أن المالكية اشترطوا شروطًا، منها:
ألا يكون المبيع قريبًا جدًا يمكن رؤيته من غير مشقة، فإنه عدول عن اليقين إلى توقع الغرر.
وألا يكون بعيدًا جدًا يمكن تغيره قبل التسليم.
وألا يباع جزافًا؛ لأن الجزاف تقديره بالحرز والتخمين، وذلك لا يكون إلا بالنظر، ولذلك منع المالكية من شراء الأعمى جزافًا كما سيأتي؛ لأن الجزاف يشترط فيه الرؤية. =

للشافعية[١].

وقال ابن تيمية في موضع: هو أعدل الأقوال[٢].

والحنفية يصححون العقد، ويجعلون للمشتري الخيار إذا رآه حتى ولو كان المبيع مطابقًا للوصف، لأن خيار الرؤية عندهم خيار حكمي مستحق بمقتضى العقد، ولو بدون شرط.

والمالكية فرقوا بين بيع الغائب بلا رؤية ولا وصف، فلا يصححونه إلا إذا اشترط المشتري الخيار إذا رآه، وأما إذا باعه بالوصف فيصححونه، ولو لم يشترط الخيار، وإذا كان مطابقًا للوصف لزم المشتري، ولا خيار له.

القول الثاني:

لا يصح بيع السلع المعينة إلا عن طريق رؤيتها، وهو الجديد في مذهب الشافعي، وعليه الفتوى[٣].

القول الثالث:

يصح البيع بالوصف إذا كانت السلع مما يصح السلم فيها، بحيث تكون السلعة مما يمكن ضبطها بالوصف، فما لا يصح السلم فيه، لا يصح بيعه بالصفة، وهذا مذهب الحنابلة[٤].

= واشتراط ألا يكون جزافًا يمكن أن يكون مذهبًا للحنفية والشافعية، جاء في تبيين الحقائق (٤/ ٥): «وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزًا، مشارًا إليه» وهذا يلزم منه الرؤية، وانظر في مذهب الشافعية المهذب (١/ ٢٦٥).

(١) حاشية الجمل (٣/ ٣٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٣٤٥).

(٣) المجموع (٩/ ٣٤٨)، أسنى المطالب (٢/ ١٨)، حاشية الجمل (٣/ ٣٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٨).

(٤) الإنصاف (٤/ ٢٩٥)، المبدع (٤/ ٢٥)، الكافي (٢/ ١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٢).

وقد ذكرت هذه المسألة بأدلتها في عقد البيع فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، وقد رجحت أن المشتري إذا اشترى البضاعة بالوصف فإن العقد صحيح لازم، فإن كان الوصف مطابقًا لم يكن للمشتري الخيار إلا بعرف، أو شرط، وإن وجد المشتري الصفة غير مطابقة فله الخيار بين القبول والرد.

وأضعف الأقوال قول الشافعية، والذين يشترطون رؤية المبيع.

وإذا عرفنا هذا نستطيع أن نقول:

إذا كان عقد التوريد على سلعة معينة يملكها البائع وتم العقد على عينها عن طريق الوصف، فإن عقد التوريد عليها عقد صحيح وهو عقد لازم إن جاء الموصوف مطابقًا للوصف، فإن اختلف كان للمشتري الخيار، ولا حرج في تأخير العوضين حينئذ؛ لأنه لا غرر في ذلك، ولا يعتبر البيع من قبيل بيع الدين بالدين؛ لأن أحد العوضين وهو المبيع معين، والله أعلم.



الفصل الثاني
أن تكون السلعة موصوفة في الذمة

المبحث الأول
أن تتطلب السلعة صناعة

[م-٨٠٩] إذا تعهد شخص لآخر صناعة شيء على حسب المواصفات والمقاييس التي يتم الاتفاق عليها في العقد، ويتم تسليمها إلى العاقد الآخر بصفة دورية مقابل مبلغ معين، كما لو تقدمت دار نشر إلى صاحب مصنع لإنتاج الورق، فتتعاقد معه على صناعة الورق، ويتم الاتفاق على صفة الورق بصفات منضبطة من الحجم والمقاس والنوع بحيث يتم تسليمها إليه دفعة واحدة مقابل مبلغ معين[١].

فالعقد في التوريد في حال قدم المورد المادة والعمل يكيف بأنه استصناع عند الحنفية.

وأما المالكية والشافعية وقول في مذهب الحنابلة فإنهم يرونه سلمًا.

ولا مانع في عقد الاستصناع عند الحنفية من تأخير العوضين.

بينما الجمهور يشترطون لجوازه أن تنطبق عليه شروط السلم، ومن ذلك تعجيل الثمن.

وقد سبق تحرير هذه المسألة في عقد الاستصناع فأغنى عن إعادته هنا.

(١) انظر الغش وأثره في العقود - السلمي (١/ ٤٣٦، ٤٣٧).

والحق مع الحنفية، وأن عقد الاستصناع يختلف عن عقد السلم، وذلك أن عقد السلم بيع عين موصوفة في الذمة، وأما عقد الاستصناع فهو عقد مقاولة وارد على العمل والعين في الذمة، فيكون العقد قد جمع بين البيع والإجارة. وبيع الموصوف في الذمة وحده لا يجوز فيه تأخير العوضين، بينما الإجارة في الذمة يجوز فيه على الصحيح تأخير العوضين، إذ لا يستحق العامل الأجرة إلا إذا فرغ من العمل، وهو مذهب الحنفية، والحنابلة، وقول في مذهب الشافعية[(١)].

ولما كان عقد الاستصناع مركبًا من عمل وبيع في الذمة غلب جانب العمل، فجاز تأخير العوضين فيه.

فهذه الصورة الثانية من صور التوريد جائزة أيضًا، ولا حرج فيها على الصحيح، ولو تأخر فيها تسليم العوضين.

وقد اختار ذلك مجمع الفقه الإسلامي:

فقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي بجواز عقد الاستصناع في القرار رقم: ٦٧/ ٣/ ٧ وقد تضمن القرار ما يلي:

١- إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط...

٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة... الخ القرار.

كما صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالتوريد رقم ١٠٧/ ١/ ١٢

---

(١) البناية للعيني (٩/ ٢٨٩)، البحر الرائق (٨/ ٧)، فتح القدير (٩/ ٦٦)، الإنصاف (٦/ ٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣١١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨٨).

وقد تضمن القرار ما يلي: «إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه، وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم ٦٥ (٣/ ٧)...»[١].

والصحيح أن رقم القرار ٦٧ (٣/ ٧) وليس ٦٥ (٣/ ٧) فتنبه. والله أعلم.



(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٧١).

المبحث الثاني
أن تكون السلعة لا تتطلب صناعة

[م-٨١٠] إذا كان محل عقد التوريد سلعة موصوفة في الذمة لا تتطلب صناعة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فاختلف العلماء فيها:

القول الأول:

لا يجوز العقد على توريدها إلا أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد. ؛ لأنه عقد يأخذ حكم السلم، فيجوز بشروطه المعتبرة شرعًا.

وهذا ما توجه إليه مجمع الفقه الإسلامي بقراره رقم ١٠٧ (١/ ١٢).

القول الثاني:

يجوز العقد على توريدها ولو لم يعجل الثمن. وهذا ما اختاره بعض الباحثين المعاصرين على اختلاف بينهم في تخريج هذا العقد.

فيرى الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان بأن هذا العقد من عقود البيع، وقد نظر الشيخ إلى مشروعيته من خلال أصلين شرعيين، وتنزيله على أحدهما أو كليهما إن أمكن هذا.

الأصل الأول: تنزيله على عقد أكثر شبها به، واتفاقًا معه في حقيقته وأخص صفاته، وهو عقد البيع على الصفة، إذ يتفق معه في الأهداف والوسائل وفي الطريقة بدءًا وتمامًا، من ذلك غياب العوضين (المبيع والثمن) عن مجلس العقد، وتأجيلهما جملة أو أقساطًا إلى زمن مستقبل.

ويرى أن المذهب المالكي أكثر ملاءمة ومناسبة من بين المذاهب الأخرى لما

يتم إنجازه من عقود التوريد في الوقت الحاضر لما اشتمل عليه من مميزات وخصائص فقهية مجتمعة من دون تلفيق لم تتوافر مجتمعة في بقية المذاهب. . .[(١)].

ويناقش:

بأن تنزيل عقد التوريد على بيع السلعة الموصوفة مع تأجيل العوضين إنما يصح تخريجه على بيع الموصوف المعين لدى الفقهاء، أما إذا كانت السلعة موصوفة في الذمة فلا يمكن تنزيل عقد التوريد على بيع الموصوف؛ لأن الفقهاء بالاتفاق يوجبون في هذه الحالة تقديم الثمن، والبيع في عقود التوريد ليس بيعًا لسلعة معينة غائبة عن مجلس العقد، وإنما لسلعة موصوفة في الذمة غير معينة، ومن هنا لا يمكن أن يخرج عقد التوريد على بيع الموصوف لدى الفقهاء.

الأصل الثاني: أن يعد عقدًا جديدًا في ذاته وصفاته، يخضع أولًا لقاعدة الأصل في المعاملات الإباحة. ومن أسباب الإباحة الشرعية وجود المقتضي لها فهو يحقق مصالح متعددة لأطراف متعددين: للبائع والمشتري والمجتمع، فبالنسبة للبائع يحقق له عقد التوريد أمورًا ضرورية من أهمها: تسويق السلعة المنتجة دون الوقوع في الكساد، وضمان تشغيل الأيادي العاملة دون عجز أو تقصير في دفع الأجور، والمحافظة على مستوى معين من الإنتاج، كما أنه يضمن للمشتري الحصول على السلع التي يريدها في الموعد المحدد.

ومن القواعد الأصولية للإباحة انتفاء المانع، إذ لا يكفي وجود المقتضي، بل لا بد من انتفاء المانع، وهو كل ما يتعارض مع القواعد الشرعية ومقاصدها.

ولا يوجد مانع يمنع من صحة العقد كالوقوع في الربا أو في الغرر.

---

(١) فقه المعاملات الحديثة - عبد الوهاب أبو سليمان (ص٩٧).

ونوقش هذا:

يقول الشيخ عبد الله بن منيع: «إذا قلنا: إن عقود التوريد عقود مستجدة فيجب أن يكون في تصورها ما يقتضي اعتبارها كذلك، أما أن تكون هي صورًا لتعامل موجود مثله فيما ذكره الفقهاء السابقون، وذكروا أحكامه فكيف نعتبره تعاملًا جديدًا على سبيل التحكم والدعوى، حيث إن السلع المستوردة لا يخلو أمرها إما أن تكون موجودة أو معدومة، وفقهاؤنا السابقون رحمهم الله ذكروا أحكام البيوع على أعيان موصوفة موجودة غائبة، أو على أعيان معدومة وقت العقد، ذكروا هذا وذكروا هذا، فإذن لا يتصور أن يقال: بأن هذه من العقود المستحدثة التي يجب أن نأخذ بها على الأصل، في أن الأصل في العقود أو في المعاملات الإباحة...»(١).

وعلى فرض أن تكون عقودًا مستحدثة فإنه لا يجوز في العقود المستحدثة أن تخالف القواعد المتفق عليها في المعاملات المالية، فلا يجوز أن يكون العوضان في الذمة إلا بتقديم أحدهما، أو يكون أحدهما قد دخله مع البيع إجارة في الذمة، فيجوز حينئذ كما بينا سابقا، والله أعلم.

وقد ذهبت إلى جواز تأخير العوضين وإن كان المبيع موصوفًا في الذمة بشرط أن يدخل البيع عمل مقصود، من ذلك أن يقوم المورد بجلب البضاعة وشحنها إلى المستورد.

فلا يكون العقد بيعًا محضًا، وإنما هو بيع وإجارة.

فالعمل من البائع تارة يكون على سبيل الاستصناع، والبائع يكون صانعًا. وهذا لا إشكال فيه في تأخير العوضين بناء على مذهب الحنفية.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٥٩).

وتارة يكون العمل ليس استصناعًا وإنما هو نقل للبضاعة من بلد إلى بلد، والقيام بشحنها إلى المستورد، ومراجعة البنك الضامن، وتقديم مجموعة من المستندات إلى البنك لاستلام الثمن، وقد شرحنا هذه الخطوات في الاعتماد المستندي. وكل هذا من البائع عمل مكلف ومقصود في السلعة، يخرج البيع من كونه بيعًا محضًا، ويجوز فيه تأخير العوضين، ولا يختلف هذا العمل عن عمل الصانع إلا أن عمل الصانع في المواد الخام، وعمل البائع كالأجير المشترك الذي يتعهد بإخراج البضاعة من المنتج إلى أن يقوم بشحنها إلى المستورد.

وبهذا التخريج لا أكون قد كسرت القواعد والمسلمات الفقهية في النهي عن بيع الدين بالدين، ولله الحمد على توفيقه.



المبحث الثالث
أن يتم توريد السلعة من دائم العمل

قد يتم توريد السلعة من دائم العمل، كعقود الإعاشة والتغذية للمدارس وشركات الطيران والمستشفيات ونحوها، حيث يتم التسليم فيها على دفعات قد تكون يومية، أو شهرية على مدى عام أو أكثر أو أقل، ويتم دفع الثمن في نهاية العقد، أو أثناء التنفيذ على أقساط[١].

فهذه الصورة إحدى صور عقد التوريد، حيث يؤجل فيها العوضان، والعوضان محلهما الذمة حيث لم يتعين في سلعة بعينها، فهل تأجيل العوضين في هذه الصورة سائغ؟

[م-٨١١] وللجواب على ذلك نقول:

هذه المسألة معروفة في المذهب المالكي بـ (بيعة أهل المدينة) وهو الشراء من دائم العمل كالخباز والجزار والبقال واللبان، على أن تشتري منه كل يوم كذا وكذا من اللبن أو اللحم، أو الخبز، ويؤجل فيها الثمن.

وقد ورد عن مالك وأصحابه روايتان فيها:

الرواية الأولى:

القول بالجواز، وقد اعتبروها بيعًا، ولم يعدوها سلمًا اتباعًا لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين:

أحدهما: أن يشرع في قبض أوله، وأجازوا التأخير في قبض المبيع إلى

(١) فقه المعاملات الحديثة - عبد الوهاب أبو سليمان (ص١٠٠).

خمسة عشر يومًا، واستخفوا ذلك، ولم يعتبروا ذلك دينًا بدين، ولا يجوز تأخير القبض إلى أبعد من خمسة عشر يومًا إلا بشروط السلم.

الثاني: أن يكون المبيع موجودًا عند البائع، أو يكون من أهل حرفته لتيسره عنده.

وليس ذلك محض سلم، ولذلك جاز تأخير الثمن، ولا شراء شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله[(١)].

(ح-٥٥٤) والأصل في صحة هذه المعاملة: ما رواه ابن القاسم، عن مالك، عن عبد الرحمن المجمر، عن سالم بن عبد الله قال: **كنا نبتاع اللحم من الجزارين بسعر معلوم نأخذ منه كل يوم رطلًا أو رطلين، أو ثلاثة ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء قال: وأنا أرى ذلك حسنًا**[(٢)].

---

(١) جاء في مواهب الجليل (٤/ ٥٣٨): «والشراء من دائم العمل كالخباز، وهو بيع... هذه تسمى بيعة أهل المدينة لاشتهارها بينهم... وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم، يأخذ كل يوم شيئًا معلومًا، ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يباع في الأسواق ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمى ما يأخذ كل يوم، وكان العطاء يومئذ مأمونًا، ولم يروه دينا بدين واستخفوه... وقد ذكروا أنه يتأخر الشروع العشرة الأيام ونحوها... قال مالك: ولا أرى به بأسًا إذا كان العطاء مأمونًا، وكان الثمن إلى أجل فلا أرى به بأسًا. قال ابن رشد: كنا إلخ يدل على أنه معلوم عندهم مشهور ولاشتهار ذلك من فعلهم سمي بيعة أهل المدينة، وهذا أجازه مالك وأصحابه اتباعا لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين: أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، وأن يكون أصله عند المسلم إليه على ما قاله غير ابن القاسم في سماع سحنون من السلم والآجال، وليس ذلك محض سلم ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه، ولا شراء شيء بعينه حقيقة ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله...».

(٢) هذا الأثر نقله فقهاء المالكية من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع، انظر حاشية العدوي (٢/ ١٨٣)، منح الجليل (٥/ ٣٨٤)، مواهب الجليل (٤/ ٥٣٨).

قال مالك: ولا أرى به بأسًا إذا كان العطاء مأمونًا، وكان الثمن إلى أجل.

الرواية الثانية:

القول بالمنع، وأن ذلك من باب بيع الدين بالدين، وتأول حديث المجمر بأن يجب عليه ثمن ما يأخذ كل يوم إلى العطاء، وهذا تأويل سائغ في الحديث؛ لأنه إنما سمى فيه السوم وما يأخذ كل يوم، ولم يذكر عدد الأرطال التي اشترى منه، فلم ينعقد بينهما بيع على عدد مسمى من الأرطال، فكلما أخذ شيئا وجب عليه ثمنه إلى العطاء، ولا يلزم واحدًا منهما التمادي على ذلك إذ لم يعقدا بيعهما على عدد معلوم مسمى من الأرطال، فكلما أخذ شيئا وجب عليه ثمنه إلى العطاء(١).

حكم عقد التوريد تخريجًا على قول مالك في إحدى الروايتين عنه:

جواز عقود توريد الإعاشة والتغذية للمدارس وشركات الطيران، والمستشفيات، ولو تأخر تسليم الثمن بشرطين:

الأول: أن يشرع المشتري في أخذ القسط الأول خلال مدة لا تزيد عن خمسة عشر يومًا، وقد اعتبر المالكية هذا التأخير يسيرًا لا يخرجه عن كونه مقبوضًا، واعتبروا قبض الأوائل قبضًا للأواخر.

الثاني: أن يكون المبيع موجودًا عند البائع، أو أن البائع من أهل الحرفة لتيسره عنده. فإذا وجد هذان الشرطان فلا مانع من إجراء عقد التوريد عليهما، والله أعلم.



(١) مواهب الجليل (٤/ ٥٣٨).

الفصل الثالث
تأثير الظروف الطارئة على التزامات المقاول

[م-٨١٢] إذا طرأ بعد إبرام عقد المقاولة أو التوريد أو نحوهما من العقود ذات التنفيذ المتراخي ما يوجب تغيرًا كبيرًا في الأسعار بأسباب طارئة عامة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم، فإنه يحق للقاضي وحده في هذه الحال عند التنازع، وبناء على طلب المقاول أو المورد تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر الزائد والخسارة اللاحقة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبًا معقولًا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد.

هذا ما صدر به قرار مجلس المجمع الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وهذا نص القرار في بحث ماتع لا مزيد عليه.

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.

أما بعد:

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد كلًا منهما من

حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعاملي بالظروف الطارئة.

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل وأشكاله توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة. فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية:

(١) لو أن عقد مقاولة على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلًا، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين دينارًا، فوقعت حرب غير متوقعة، أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعًا كبيرًا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقًا جدًا.

(٢) لو أن متعهدًا في عقد توريد أرزاق عينية يوميًا من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها إلى مستشفى، أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدى عام. فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة، أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة، أو الجامعات. وكذا المقاولات التي تعقد مع

مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد؟

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغييرات الكبيرة المشار إليها مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة، أو ساحقة، تمسكًا بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به، ويمكن أن يوصي بالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقهًا في هذا الشأن كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي:

(١) إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة، كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضًا بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضا بطريق الأولوية، فيمكن القول أنه محل اتفاق، وذكر ابن رشد في بداية المجتهد تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: «عند مالك أن أرض المطر (أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط) إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكتري، فلم ينبت الزرع لمكان القحط (أي بسببه) أن الكراء ينفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكتري من زرعها» انتهى كلام ابن رشد[١].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٧٤).

٢- وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الإجارة من المغني (المطبوع مع الشرح الكبير (٦/ ص ٣٠) أنه: «إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، أو نحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة. فأما إذا كان الخوف خاصًا بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه».

(٣) وقد نص الإمام النووي ﷺ في روضة الطالبين (٥/ ٢٣٩) أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار سواء أكانت إجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض أو حانوتًا لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو استأجر حمامًا فتعذر الوقود، قال النووي: وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض، وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره، وكان أهله مسافرين فعادوا، واحتاج إلى الدار أو تأهل. قال: فلا فسخ في شيء من ذلك إذ لا خلل في المعقود عليه. اهـ

(٤) ما يذكره العلماء رحمهم الله في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد، وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.

(٥) ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية ﷺ في مختصر الفتاوى (ص: ٣٧٦) أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام، والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة المعروفة لقلة الزبون، أو لخوف أو حرب أو تحول سلطان ونحوه، فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.

(٦) وقال ابن قدامة أيضا في الصفحة (٢٩) من الجزء السابق الذكر نفسه: «ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز».

وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الإجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج ٤ ص: ١٩٧) «إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه، فاستأجر رجلا لقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلا وشرعًا».

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.

(٧) قضى رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع أو جراد أو دودة، ونحو ذلك من الآفات، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة، وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله.

(٨) قال رسول الله ﷺ فيما ثبت عنه (لا ضرر ولا ضرار) وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاما لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقًا لنظامه الشرعي يكون ملزمًا لعاقديه قضاء؛ عملًا بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي

الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه أسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة، ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيرًا استثنائيًا يدفع الحد المرهق منها، وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي ﷺ في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود؛ لأنها طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيرًا بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفة الذكر توجب عندئذ تدبيرًا استثنائيًا.

ويقول ابن القيم ﷺ في كتابه (إعلام الموقعين): «إن الله أرسل رسله، وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السماوات والأرض، وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع الله في شيء، وحيثما ظهرت دلائل العدل، وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره» (إعلام الموقعين).

وقصر العاقدين إنما تكشف عنه وتحدده ظروف العقد، وهذا القص لا يمكن تجاهله، والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفا في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء، ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

(١) في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلًا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيرًا كبيرًا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبًا معقولًا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعًا رأي أهل الخبرة الثقات.

(٢) ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعًا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحال أشبه بالفقه الشرعي الحكيم،

وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه[١].



(١) القرار السابع الصادر من المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، والتابع لرابطة العالم الإسلامي بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية.
وانظر فقه النوازل للجيزاني (٣/ ٨٨).

عقود المناقصات

❑ تمهيد ❑

المبحث الأول
تعريف المناقصة والعلاقة بينها وبين المزايدة

تعريف المناقصة اصطلاحًا:

المناقصة لم تعرف في الفقه الإسلامي، فهي طريقة جديدة مستحدثة، وإنما عرفتها القوانين الإدارية، ويقابلها عقد المزايدة الوارد في السنة وفي كلام الفقهاء.

وقد جاء في الموسوعة الكويتية: «لم نطلع على ذكر له (يعني بيع المناقصة) في كتب الفقه بعد التتبع، ولكن يسري عليه ما يسري على المزايدة مع مراعاة التقابل»[(١)].

عرفها مجمع الفقه الإسلامي بقوله: «المناقصة طلب الوصول إلى أرخص عطاء، لشراء سلعة أو خدمة تقوم فيها الجهة الطالبة لها دعوة الراغبين إلى تقديم عطاءاتهم وفق شروط ومواصفات محددة»[(٢)].

ويعترض على التعريف بأنه لم يتضمن سوى التزام أحد طرفي المناقصة، ولم يتضمن التزام الطرف الآخر، لذا أرى أن يضاف إلى التعريف النص التالي: «في

(١) الموسوعة الكويتية (٩/ ٩).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٧٢).

مقابل ما التزم به مطابقًا للشروط والمواصفات». وبهذا يكون التعريف قد اشتمل على التزامات كل طرف.

والمناقصة مفاعلة تقتضي المشاركة في أصل الفعل بين اثنين، أحدهما صاحب المناقصة، والطرف الآخر هم الموردون أو المقاولون ويسمون بالمناقصين أو المتناقصين.

وسميت المناقصة عقدًا لأنها وسيلة إليه.

❑ الفرق بين المناقصة والمزايدة:

[ن-٤٦] يفترق عقد المناقصة عن المزايدة فيما يلي:

(١) من الناحية اللغوية نجد أن العلاقة بين عقد المناقصة والمزايدة علاقة تباين وتضاد، كما هي أيضًا من الناحية الموضوعية، فالزيادة ضد النقص.

(٢) المناقصة عقد مستحدث لم يعرف في الفقه الإسلامي، وأما المزايدة فهو من العقود المسماة، حيث ورد ذكره في السنة، وفي كتب الفقهاء.

(٣) المناقصة قد تكون علنية وقد تكون سرية، وأما عقد المزايدة فهو علني دائمًا.

(٤) المناقصة تراد للتوريد عندما يتعلق الأمر بشراء سلعة، أو للمقاولة عندما يتعلق الأمر بعقد إجارة أو استصناع، فهي ترد على شراء الأصناف أو تنفيذ الأعمال، بينما المزايدة ترد على بيع الأصناف أو إجارتها.

(٥) المناقصة تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء، والمزايدة ترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء.

(٦) المناقصة يجريها المشتري، ويطلب العرض الأقل من البائعين، والمزايدة يجريها البائع، ويطلب العرض الأكثر من المشترين.

ويشتركان فيما يلي:

(١) أن عقد المناقصة والمزايدة في العصر الحديث من العقود الشائعة المنتشرة محليًا وعالميًا وتضاعفت أهميتهما نظرًا لشدة الحاجة إليهما، بل أصبحا من عقود المؤسسات والإدارات الحكومية، لهما أنظمتهما وقوانينهما ولوائحهما الخاصة، ومن ثم انتظما قانونًا بين العقود الإدارية التي يكون أحد أطراف العقد شخصًا من أشخاص القانون العام، كالدولة مثلًا، أو الهيئات والمؤسسات العامة ذات الشخصية المعنوية.

(٢) أن المناقصة والمزايدة من عقود المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين في إتاحة المعلومات المتوافرة لدى الجهة الإدارية وإتاحة الفرصة في الدخول في المنافسة.

(٣) يثبت للمناقصة من الإجراءات والتنظيمات ما يثبت للمزايدة في الجملة، ويخضع كل منهما لما يخضع له الآخر فيما عدا بعض الأمور والشروط التي تتلاءم وطبيعة كل واحد منهما على انفراد[١].



(١) انظر عقود المناقصات - عاطف أبو هربيد (ص٨٠)، بيع المزايدة - نجاتي قوقازي (ص١١٣)، عقد المزايدة بين الشريعة الإسلامية والقانون - عبد الوهاب أبو سليمان بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة (٢/ ١٠٤).

المبحث الثاني
في خصائص عقد المناقصة

[ن-٤٧] يتميز عقد المناقصة بمجموعة من الخصائص سواء قلنا: إن المناقصة وسيلة للعقد وطريقة للوصول إليه.

أو قلنا: إن المناقصة هي عقد بذاتها، من ذلك:

(١) يقوم عقد المناقصة على الرضا من الطرفين، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

(٢) يعتبر عقد المناقصة من عقود المعاوضات: إذ إن تمليك الشيء عن طريقها سواء كان ذاتًا أو منفعة لا يحصل إلا بعوض يبذله المناقص له للمناقص.

(٣) يعتبر عقد المناقصة من العقود اللازمة للطرفين المناقص والمناقص له، فلا يحق لأحد الطرفين الانفراد بالفسخ دون موافقة الطرف الآخر، أو وجود شرط في العقد يجعل العقد اللازم جائزًا.

(٤) يعتبر عقد المناقصة من العقود المركبة حيث يتضمن مجموعة من العقود المتداخلة، من ذلك عقد بيع دفتر الشروط، وهو عقد مستقل، وعقد الضمان، وهو عقد تابع لعقد المناقصة بالإضافة إلى عقد المناقصة والذي قد يكون بيعًا، وقد يكون إجارة، وقد يكون مركبًا من كليهما كما لو كان العقد يتطلب استصناعًا، وكانت المواد من المناقِص.



المبحث الثالث
مقومات عقد المناقصة

[ن-٤٨] يقوم عقد المناقصة على المقومات التالية:

الأول: الصيغة. وهي الإيجاب والقبول. وسوف يأتينا إن شاء الله تعالى بيان من الموجب ومن القابل في عقد المناقصة في مبحث مستقل.

الثاني: العاقدان، وهما: المناقِص، وهو من يتقدم بالعطاء.

والمناقص له: وهو الداعي للمناقصة.

الثالث: المعقود عليه، وينقسم إلى:

المناقص فيه: وهو عبارة عن سلع أو أعمال تعهد المناقص بتوريدها أو القيام بها.

العطاء (قيمة المناقصة): وهو ما يبذله المناقص له قيمة للسلع أو للأعمال التي تعهد المناقِص بتقديمها للمناقص له.

وقد اخترت أن يكون العنوان مقومات عقد المناقصة؛ لأخرج من الخلاف الدائر بين الحنفية والجمهور في تحديد أركان العقد:

فالحنفية يرون أن ركن العقد هو الصيغة فقط.

والجمهور يرون أن ركن العقد الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه. وقد بينت سبب الخلاف بين الحنفية والجمهور في عقد البيع عند الكلام على أركان العقد فأغنى عن إعادته هنا، أما مقومات العقد فتشمل كل ما ذكر دون دخول في الخلاف بين الحنفية والجمهور، والله أعلم.

الباب الأول
في الإجراءات المتبعة في عقد المناقصة

[ن-٤٩] يمر التعاقد عن طريق المناقصة بمراحل أهمها:

المرحلة الأولى:

تقوم الجهة الداعية للمناقصة - بعد تقدير القيمة التقريبية للمشروع، والتأكد من توفر الاعتماد المالي اللازم الذي يمكنها من الوفاء بالتزاماتها - تقوم بوضع تفاصيل المشروع بكامله من مواصفات تفصيلية وشروط، وتصاميم ورسوم ومحل التسليم، وتضع كل ذلك في دفتر يسمى (دفتر الشروط)، وتقدمه للمشتركين في المناقصة متضمنًا بيان الجزاءات المترتبة على الإخلال بأحكام العقد وشروطه.

المرحلة الثانية: مرحلة الإعلان عن المناقصة.

تقوم الجهة الداعية للمناقصة بدعوة الموردين أو المقاولين عن طريق الإعلان في الجرائد والصحف لتقديم عروضهم، وهذا الإعلان ضروري لتأمين المنافسة العادلة، وحتى لا يكون التعاقد قاصرًا على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا.

ويجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة الأمور التالية:

(١) تحديد السلعة أو العمل المطلوب تنفيذه.

(٢) ثمن نسخة دفتر الشروط، والمبين فيه الشروط والمواصفات ومقدار الضمان الابتدائي والنهائي والغرامات.

(٣) تحديد الجهة التي تقدم إليها العروض.

(٤) تحديد آخر موعد لتقديم العروض، ويجب أن تكون المهلة معقولة لكي يفكر فيها من يريد التقدم، وليزن عطاءه وظروفه جيدًا قبل التقدم.

(٥) تحديد تاريخ فض العروض[١].

المرحلة الثالثة: مرحلة تقديم العروض:

بعد دراسة الموردين أو المقاولين لدفتر الشروط، يتقدم الراغب في الدخول في المناقصة بتقديم عطائه للجهة الداعية للمناقصة ضمن الموعد المحدد بالشكل التالي.

(١) تكتب الأسعار على نماذج مخصوصة معدة لهذا الغرض رقمًا وكتابة بالمداد الأحمر دون كشط ولا محو، وتوقع جميع صفحاتها من قبل مقدميها، ويرفق معها الضمان الابتدائي[٢].

(٢) تقدم هذه العروض في مظاريف مختومة بالشمع الأحمر، وترسل بالبريد المسجل، أو تقدم مناولة باليد مقابل إيصال.

(٣) توضع هذه العروض الواردة في صندوق العطاءات الذي له فتحة مناسبة تسمح بدخول العرض، ولا تسمح بخروجه منه.

(٤) لا يجوز للمناقصين بعد تقديم عروضهم تعديل أسعارها بالزيادة أو

---

(١) انظر عقود المناقصات - عاطف أبو هربيد (ص٩٧، ٩٨)، عقد المزايدة بين الشريعة الإسلامية والقانون - عبد الوهاب أبو سليمان بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة (٢/ ١٠٤)، عقود التوريد والمناقصة - العثماني - بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة (٢/ ٣٢٣).

(٢) سيأتي الكلام عن الضمان الابتدائي في مبحث مستقل إن شاء الله تعالى.

بالنقصان؛ لما في هذا من إخلال بمبدأ المساواة بين المناقصين، ومبدأ السرية في المناقصات.

(٥) يبقى العرض ساريًا، ولا يجوز لصاحبه الرجوع فيه حتى تاريخ البت[١].

المرحلة الرابعة: فتح المظاريف ودراسة العروض.

تقوم الجهة الطالبة للمناقصة بفتح الظروف المختومة في موعده المحدد بحضور المشاركين في المناقصة أو ممثليهم، ويعلن اسم كل صاحب عرض وسعره، ويسجل كل ذلك في سجل خاص، ثم يتم فحص العروض للتأكد من توفر الشروط ومطابقة العروض للمواصفات المطلوبة، ويحق لهذه اللجنة استبعاد أي عطاء لم يكن مستوفيًا للشروط، أو جاء مخالفًا لأحكام المناقصة.

بعد إتمام الإجراءات السابقة ترفع اللجنة توصياتها بشأن العرض الأقل سعرًا[٢].

المرحلة الخامسة: لجنة البت في العروض.

تقوم لجنة البت بالمفاضلة بين العروض، واختيار العرض الأقل سعرًا، وتعد محضرًا تبين فيها توصياتها بقبول هذا العرض، وأسباب هذه التوصية.

ويحق للجنة الدخول في مفاوضة مع صاحب العرض الأقل في حالتين:

(أ) إذا اقترن العطاء الأقل بتحفظ أو بتحفظات يريد منها صاحبها تعديل بنود

---

(١) مناقصات العقود الإدارية - رفيق المصري (ص١١ - ١٦)، عقود المناقصات - عاطف أبو هربيد (ص٩٨).

(٢) عقود التوريد والمناقصة - العثماني، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة (٢/ ٣٢٣، ٣٢٤)، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي - عاطف أبو هربيد (ص١٠٠ - ١٠٢).

المناقصة فتفاوضه اللجنة لسحب تحفظاته كلها أو بعضها ليصبح عطاؤه متفقًا مع شروط المناقصة ما أمكن.

(ب) إذا كان العطاء الأقل أعلى من مستوى سعر السوق، فتفاوضه اللجنة لتخفيض سعره؛ ليكون موافقًا لسعر السوق.

وإذا تساوت الأسعار بين عرضين فأكثر، وكانت المناقصة غير قابلة للتجزئة بين أصحاب هذه العروض فإن على لجنة البت الدخول في مفاوضة علنية لاختيار الأفضل على أساس قواعد معينة كالكفاءة و حسن السمعة، فإن كانوا على درجة واحدة لجأت إلى القرعة في التفضيل بينهم.

وفي حالة وجود عطاء وحيد تقدم به صاحبه مستوفيًا للشروط والمواصفات المطلوبة فالأصل أن تلغى المناقصة لفقدانها مبدأ المنافسة الذي تقوم عليه، ويجوز للجنة البت بعد موافقة الجهة المختصة بإبرام العقد مع صاحب العطاء الوحيد بشرطين:

(٢) ألا تسمح حاجة العمل بإعادة طرح المناقصة، أو أنه لا فائدة من إعادتها.

(٢) أن يكون العطاء مطابقًا للشروط، ومناسبًا من حيث السعر[1].

المرحلة السادسة: مرحلة إبرام العقد:

بعد أن تختار لجنة البت أصلح العطاءات تقوم برفع توصياتها بقبول التعاقد مع ذلك العطاء إلى الجهة المختصة بإبرام العقد، والتي بدورها تقوم بدعوة الفائز إلى مراجعة الجهة المختصة لتقديم الضمان النهائي، وتوقيع العقد معه

---

(١) انظر الأسس العامة للعقود الإدارية - سليمان محمد الطماوي - (ص٣٠١).

خلال مدة محددة، ولا يعتبر من رست عليه المناقصة متعاقدًا إلا بعد تقديمه الضمان النهائي، وفي حالة عدم حضوره في المدة المحددة يعتبر منسحبًا، ويفقد الضمان الابتدائي تلقائيًا من غير حاجة لإنذاره.



الباب الثاني
في الإيجاب والقبول

الفصل الأول
في تحديد الإيجاب والقبول في عقد المناقصة

[ن-٥٠] قد يظن بعض الناس أن طرح الصفقة للمناقصة عن طريق الإعلان بالصحف هو الإيجاب، والتقدم بالعطاء هو القبول، وليس هذا صحيحًا؛ لأن الإعلان الصحفي لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد.

فالصحيح أن تقديم العطاء: هو الإيجاب.

وأما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد.

وهو يتفق مع مذهب الجمهور من أن الإيجاب: هو اللفظ الصادر من البائع.

والقبول: هو اللفظ الصادر من المشتري(١).

وإذا أردنا أن نحدد من البائع ومن المشتري في عقد المناقصة؟

فإن الجهة التي تقدم العطاء هي البائع، ويكون تقديم العطاء منها بمنزلة الإيجاب.

والجهة الداعية للمناقصة هي المشتري، سواء كان موضوع المناقصة توريد سلعة من السلع، أو كانت المناقصة تنفيذ عمل من الأعمال.

ويكون إرساء المزاد بمنزلة القبول من المشتري.

---

(١) انظر العزو إلى كتب المذاهب في الفصل الثاني من هذا الباب.

وإنما لم نعتبر طرح الصفقة للمناقصة عن طريق الإعلان بالصحف إيجابًا للأسباب التالية.

(١) لأن هذا الإعلان هو مجرد عرض خال من الثمن، والإيجاب لا بد له من تحديد السعر.

(٢) ولأن العقد لا يتم بمجرد فتح العرض الأقل، فقد يحق للجهة الطالبة أن تجري مفاوضة مع صاحب العرض الأقل إذا كان سعره المعروض أكثر من سعر السوق.



الفصل الثاني
في رجوع المتقدم بالعطاء عن إيجابه قبل رسو المناقصة

[ن-٥١] اتضح لنا من خلال البحث السابق أن التقدم بالعطاء هو الإيجاب، فهل يجوز له الرجوع عن إيجابه قبل رسو العطاء عليه؟

هذه المسألة ترجع إلى مسألة أخرى، هل يكون الإيجاب ملزمًا قبل صدور القبول، أو يحق لمن صدر منه الإيجاب الرجوع عن إيجابه ما دام لم يقترن بالقبول؟

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

للموجب حق الرجوع عن إيجابه قبل أن يتصل به القبول، وهذا مذهب الجمهور(١).

---

(١) جاء في مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٨٤): «لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب، وقبل القبول بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع، مثلًا لو قال البائع: بعت هذا المتاع بكذا، وقبل أن يقول المشتري: قبلت، رجع البائع، ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع». اهـ

ويقول في بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤): «صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازمًا قبل وجود الآخر...».

وانظر العناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٣)، الفتاوى الهندية (٣/ ٨).

وقال النووي في المجموع (٩/ ١٩٩): «إذا وجد أحد شقي العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر».

وإذا كان الحنابلة يقولون بخيار المجلس كما سيأتي إن شاء الله تحرير الخلاف فيه، وهو يقتضي جواز رجوع الموجب عن إيجابه حتى بعد صدور القبول من الطرف الآخر، فمن باب أولى أن يصح رجوعه قبل اتصال القبول به.

لأن الإيجاب وحده لا يفيد الحكم بدون قبول العاقد الآخر، وإذا كان الأمر كذلك فللموجب الرجوع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق غيره.

وعلى هذا جرى القانون المصري كما ذكره الدكتور السنهوري حيث يقول: «فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجابًا لا قبولًا، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاد»(١).

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الموجب لا يملك حق الرجوع إذا صدر بصيغة الماضي، أو صدر بغير الماضي وكان هناك قرينة أنه أراد البيع(٢).

وقد طرد المالكية ذلك في بيع المزاد، فمن تقدم بالعطاء فيها لا يحق له الرجوع عن إيجابه إلى أن يرسو العطاء، وبيع المناقصة مقيس عليه.

قال الحطاب: والذي «تحصل من كلام ابن رشد والمازري وابن عرفة في بيع المزايدة أن كل من زاد في السلعة فلربها أن يلزمه إياها بما زاد، إلا أن يسترد البائع سلعته ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة، إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق، أو يشترط ذلك البائع فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق...»(٣).

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول:

قال القرطبي: «ليس له أن يرجع حتى يسمع قبول المشتري أو رده؛ لأنه قد

---

(١) نظرية العقد (١/ ٢٤٤).

(٢) انظر تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠، ٢٤١) المقدمات (٢/ ٩٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٦/ ٥، ٦).

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩).

بذل ذلك من نفسه، وأوجبه عليها»[١].

ولأن الإيجاب إذا صدر من البائع أثبت ذلك للمشتري حق التملك، فامتنع الرجوع عن الإيجاب حتى لا يؤدي ذلك إلى إبطال حق المشتري.

ورد هذا:

بأن الموجب وإن أثبت للمشتري حق التملك، فإن حقيقة الملك للبائع، والحقيقة مقدمة على الحق[٢].

يقول الشيخ أحمد إبراهيم: «وليس للطرف الآخر المشتري مثلًا أن يدعي أنه صار له حق تملك المبيع بسبب إيجاب البائع، وذلك لأن حقيقة الملك في العين لا تزال ثابتة للبائع، وهي أقوى من حق التملك، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك، ونظير هذا أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة، ومع هذا فللولد أن يتصرف في ماله كيف شاء، مع أن حق تملك الأب إياه متعلق به»[٣].

التعليل الثاني:

ممكن أن يستدل لهم بالقياس فإذا كان القبول يُلزِم المشتري بما صدر عنه، فالإيجاب يلزم البائع بما صدر عنه، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة عنه، لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ويترتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر عنه الإيجاب أن يعدل عنه.

---

(١) تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧).

(٢) انظر البحر الرائق (٥/ ٢٨٤).

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص٨١١) نقلًا من مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، ص٦٥٤ .

فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو، لا بتوافق إرادته مع إرادة الطرف الآخر، فهو يوجد حقًا في ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته، وموافقة الآخر لهذا الحق إنما هو مجرد انضمام تطلبناه؛ لأن الإنسان لا يستطيع أن يلزم غيره بشيء إلا برضاه، فلكي يكون الالتزام من الجانبين تطلب ذلك موافقة الطرف الآخر، بدلًا من كونه ملزمًا من جانب واحد، والدليل على ذلك أن الشيء إذا كان لا يتطلب موافقة الطرف الآخر صار ملزمًا ولو من جانب واحد، وهذا له نظائر في الفقه:

فمن التصرفات التي تتم بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي: الجعالة، والوصية، والوقف، والإبراء، واستعمال خيار من الخيارات، كخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، وأيضًا الكفالة والهبة والعارية وغير ذلك من التصرفات.

وعلى قول المالكية جرت معظم قوانين المناقصة المعاصرة، على أنه يمكن تخريج الإلزام بالإيجاب وحده على قول الجمهور، ذلك أن الإيجاب إنما كان ملزمًا لصاحبه ليس بمقتضى العقد، ولكن عن طريق الشرط، فإذا اشترط في العقد أن يكون الإيجاب وحده ملزمًا لمن صدر منه مدة معينة لم يكن هذا مخالفًا لقول الجمهور، وإنما يدخل في باب الشروط في البيع، كاشتراط البائع أو المشتري ما له فيه منفعة.

قال السنهوري: «على أنه لا خلاف في الأمر إذا كان من صدر منه الإيجاب قد اتفق مع الطرف الآخر على أن يبقى ملتزمًا بإيجابه لا يعدل عنه مدة معينة فيكون التزام الموجب مستندًا إلى عقد تم بينه وبين الطرف الآخر، وهو غير العقد المزمع إبرامه، فإن هذا لا يتم إلا إذا اقترن القبول بالإيجاب»[1].

---

(١) نظرية العقد (١/ ٢٤٤).

والعمل بهذا الشرط ليس قولًا ثالثًا، وإنما هو عمل بالشرط بين المتبايعين، فكل من ألزم نفسه شرطًا لا يخالف الشرع، ولا ينافي مقتضى العقد، وله فيه مصلحة، فيجب الوفاء به.



الفصل الثالث
في تقديم الإيجاب الأكثر على الإيجاب الأقل

[ن-٥٢] المناقصة إنما أعلنت من أجل الحصول على أرخص الأسعار، والسؤال: هل يحق لصاحب المناقصة أن يفضل صاحب العطاء الأعلى مقدمًا له على صاحب العطاء الأقل؟

وللجواب عن ذلك نقول:

لما كانت المناقصة من العقود المستحدثة لم يمكن البحث فيها من خلال كلام الفقهاء المتقدمين، إلا أنه يمكن لنا أن نتلمس حكم هذه المسألة من كلامهم في بيع المزايدة، باعتبار أن أحكامهما متقاربة، وللفقهاء فيها قولان:

القول الأول:

للبائع أن يعطيها لمن شاء، ولو زاد غيره عليه، وهو مذهب المالكية..

قال ابن رشد في البيان والتحصيل: «وهو - يعني البائع - مخير في أن يمضيها لمن شاء، ممن أعطى فيها ثمنًا، وإن كان غيره قد زاد عليه»[1].

❑ وجه القول بذلك:

لما عرض المتقدم عطاء لزمه ذلك العطاء، وليس وجود عطاء أكثر منه يعتبر إبراء له مما تقدم به، فإن قال المشتري: طلبت الزيادة وقد وجدتها فبع سلعتك من الذي زاد علي فيها.

(١) البيان والتحصيل (٨/ ٤٧٦).

قال له البائع: أنا لا أحب معاملة الذي زاد في السلعة عليك، وليس طلبي الزيادة فيها وإن وجدتها إبراء مني لك فيها[١].

القول الثاني:

إذا زاد عليه غيره سقط إيجابه، وهو اختيار الأبياني من المالكية، وكان العمل عليه في أكثر البلاد.

قال الحطاب: «بيع المزايدة يلزم كل من زاد في السلعة، ولو زاد غيره عليه خلافًا للأبياني. وقد جرى العرف في مكة، وكثير من البلاد على ما قاله الأبياني»[٢].

❑ وجه هذا القول:

أن العمل والعرف قد جرى في أكثر البلاد على أن البيع لا يلزمه إذا زاد غيره عليه، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

فإذا قسنا على ذلك المناقصة قلنا: إن العطاء الأقل مسقط للعطاء الأكثر.

❑ الراجح:

في بيع المناقصة كان أطراف العقد فيها قد قبلوا بسقوط ما يسمى بخيار المجلس، وخيار المجلس يسقط بإرادة المتعاقدين سواء كان ذلك شرطًا أو عرفًا، ويبقى التفصيل أن يقال:

إن كان المناقص له يمثل نفسه وليس من أشخاص القانون العام، فإن له الحق أن يشتري سلعته ممن يشاء، وذلك أن المناقص له قد لا يرغب في التعاقد مع

(١) انظر المرجع السابق (٨/ ٤٧٦).
(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩).

صاحب العطاء الأقل إما لأنه مماطل، أو لأنه قليل الخبرة في القيام بالمعقود عليه كما لو كان المطلوب عملًا معينًا، أو كان عسرًا في تعامله، أو لغير ذلك من الأعمال.

وأما إذا كان المناقص له وكيلًا فلا يجوز له أن يمضي البيع لصاحب العطاء الأكثر إلا بإذن الموكل.

وكذلك الشأن فيما يتعلق في أملاك الدولة، فإن الشخص يتصرف فيها بالوكالة. فما يباع في المزاد من أملاك الدولة لا يجوز أن يباع على صاحب العطاء الأقل، وما يشترى بأموال الدولة عن طريق عقود المناقصة يجب أن يشترى من صاحب العطاء الأقل بشرط الالتزام بالشروط والمواصفات؛ لأن المتصرف وكيل عن المسلمين الممثلين في بيت المال، وإلا حصل في هذا الأمر تلاعب لا يخفى قد تضيع فيه الأموال العامة بحجة أنه يجوز أن يرسو المزاد على صاحب العطاء الأكثر(١).

---

(١) وقد ذهبت القوانين العربية إلى الأخذ بما قاله الأبياني، يقول القانون المدني المصري مادة (٩٩): «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه، ولو كان باطلًا».

فالعطاء الأكثر يسقط الأقل، ولو كان العطاء الأكثر باطلًا كما لو كان الإيجاب صادرًا من شخص يحضر عليه القانون شراء ذلك الشيء المعروض للبيع كما لو صدر الإيجاب من رجال القضاء والنيابة العامة، ففي المادة (٤٧١) من القانون المدني المصري «لا يجوز للقضاة ولا أعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم، ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه، كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلًا.

وخالف في هذا القانون الكويتي فقد أخذ بمذهب المالكية، انظر المادة (٧٩) مدني كويتي، في حالة المزايدات التي تجري داخل مظروفات، فقررت أنه لا يسقط عطاء المتزايد بعطاء أفضل، ويكون للداعي إلى المزاد أن يقبل من العطاءات المقدمة ما يراه أصلح...».

وما دام أن المنع من أجل سد الذريعة إلى الفساد فكلما اتخذت من الإجراءات ما يسد الفساد جاز ذلك.

قال الشيخ مصطفى الزرقاء: «إذا كانت المزايدة أو المناقصة جارية بطريق الظرف المختوم، بأن يرسل المتزاحمون معروضاتهم في الأسعار دون أن يعلم أحدهم بما قدم الآخر، ثم تفتح هذه المعروضات فإنها تعتبر بحكم إيجابات متعددة، فيصح للطرف الآخر - أي البائع في حال المزايدة والمشتري في حال المناقصة - أن يبني قبوله على ما شاء منها، فيلزم صاحبه، ولو كان ما قد قبله هو الأقل في حال المزايدة، أو الأكثر في حال المناقصة.

على أن هذا الاختيار لا يصح في المزايدات أو المناقصات التي تروجها الدوائر الرسمية من فروع الحكومة فيما تحتاج إلى بيعه وشرائه؛ لأنها لا يجوز لها أن تختار من الأسعار المعروضة إلا ما هو أوفق لمصلحة بيت المال العام، وهو السعر الأكثر في حال المزايدة، والأقل في حال المناقصة»[1].

وقال الشيخ القاضي محمد تقي العثماني: «لو أجرينا المناقصة على أساس هذا القول - يعني مذهب المالكية - جاز لصاحب المناقصة أن يقبل أي عرض شاء، سواء كان أقل أو أكثر، وربما تضطر الجهة الطالبة للمناقصة إلى قبول عرض سعر أكثر لمصالح أخرى، مثل كون صاحب العرض أتقن، أو أوثق بالنسبة لمن عرض سعرًا أقل، ولكن بما أن المناقصات تجري عمومًا من قبل الجهات الحكومية أو المؤسسات الحكومية التي تمر فيها العملية من خلال أيدي كثير من الناس فإن قبول السعر الأكثر معرض لتهمة التواطؤ والرشوة

---

(١) العقود المسماة في الفقه الإسلامي - عقد البيع (ص١٦٧).

وغيرها، فينبغي أن تكون مثل هذه المناقصات خاضعة لتشريعات تضمن شفافية العملية، ويؤمن معها التواطؤ والرشوة»[١].



(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٣٢٩).

الباب الثالث
في التوصيف الفقهي للمناقصة

المناقصة تشتمل على كثير من العقود، فهو عقد مركب بين الجهة الداعية للمناقصة وبين المناقصين، فهي تشتمل على:

حكم بيع دفتر الشروط، وهو عقد مستقل عن عقد المناقصة.

حكم أخذ الضمان الابتدائي والنهائي وهو عقد تابع.

حكم إجراء المناقصة نفسها.

وسوف نتناول كل واحد من هذه المسائل في الفصول التالية.



الفصل الأول
في حكم بيع دفتر الشروط

تقوم الجهة التي تجري المناقصة بتسجيل جميع تفاصيل العقد ومواصفاته في دفتر يطلق عليه (دفتر الشروط)، وقد يتضمن الدفتر دراسات فنية، ورسم خرائط دقيقة واستشارات هندسية مما يتطلب جهدًا ذهنيًا ومالًا مكلفًا.

وبيع دفتر الشروط يعتبر عقدًا مستقلًا عن عقد المناقصة؛ لأن من يشتري الدفتر لا يشترط بالضرورة أن يدخل في المناقصة.

[ن-٥٣] والسؤال: هل يجوز بيع هذا الدفتر على المناقصين، أو يجب بذله مجانًا، أو بسعر التكلفة؟

اختلف العلماء المعاصرون في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجب بذل دفتر الشروط بالمجان من قبل الجهة الداعية للمناقصة، ولا مانع من أن تأخذ تأمينًا قابلًا للرد ممن يطلبه ليكون الطالب يطلبه بجدية، وهذا قول الأستاذ رفيق المصري(١).

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

النفع في دفتر الشروط عائد على الجهة الإدارية، فإذا أخذت مقابلًا له كان هذا أشبه بالضريبة، ولهذا قال الشيخ: إذا كان في الدفتر نفع للمناقص فلا مانع

---

(١) مناقصات العقود الإدارية - رفيق المصري (ص٥٢، ٥٣).

في أخذ قيمته، ولكن الغالب في دفاتر الشروط أن يكون النفع فيه عائدًا فقط إلى الجهة الداعية للمناقصة.

الوجه الثاني:

أن المناقصين إذا دفعوا قيمة الدفتر فإن واحدًا منهم فقط هو الذي سيفوز بالعقد، وترسو عليه المناقصة، فما وجه تحميل سائر المناقصين بالتكلفة أو بالثمن؟[١].

ويجاب:

بأن هذا التعليل يصلح وجهًا لمن قال: يتحمل دفع تكاليف الدفتر من رسا عليه العطاء دون غيره، ولا يصلح أن يكون دليلًا أو تعليلًا لمن قال: يجب أن تتحمل الجهة الداعية للمناقصة قيمة الدفتر.

القول الثاني:

يجب أن يتحمل دفع تكاليف دفتر الشروط من رسا عليه العطاء وحده دون غيره. وقد قال به مجموعة من المشايخ منهم فضيلة الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان[٢].

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

أن المناقص الذي رست عليه المناقصة هو المستفيد الوحيد من هذا الدفتر دون غيره، فأخذ تكاليف الدفتر من غيره يعتبر أخذًا له بلا مقابل، وهذا يعد من

---

(١) مناقصات العقود الإدارية - رفيق المصري (ص٥٢، ٥٣).

(٢) عقد المزايدة بين الشريعة الإسلامية والقانون - عبد الوهاب أبو سليمان - بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة (٢/ ١١٨).

أكل أموال الناس بالباطل، فلا يوجد سبب شرعي في تحميل قيمة الدفتر من خرج من هذه المناقصة.

الوجه الثاني:

أن الجهة الداعية للمناقصة لو لم تقم بهذه الدراسة التفصيلية للمشروع لقام المناقص الذي رست عليه المناقصة بتكاليف إعدادها، لهذا يجب عليه وحده أن يدفع رسوم هذه التكاليف حيث وفر له الدفتر الجهد الكثير.

القول الثالث:

يجوز بيع دفتر الشروط لمن يطلبه من المشاركين، وقد قال بهذا القول الشيخ السلامي(١)، والشيخ عبد الله بن منيع(٢)، والشيخ وهبة الزحيلي(٣).

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

أن هذا الدفتر فيه منفعة ظاهرة، وذلك أن المناقص يطلع من خلاله على شروط العقد وضوابطه مما يجعله على بينة من أمره من اختيار المشاركة أو عدمها، وسيعرف من خلال هذا الدفتر مدى إمكانية تنجيزه للمطلوب، فلا يدخل مغامرًا دون معرفة قدراته وإمكاناته في تنفيذ مشروع معين، وسيساعده هذا على رفع كفاءته، وتطوير قدراته، وتحسين أدائه، وهذه منفعة مقصودة، وبذل المال في سبيلها جائز(٤).

---

(١) بيع المزايدة - محمد المختار السلامي - بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة (٢/ ٣٧).

(٢) انظر مناقشة أعضاء مجمع الفقه الإسلامي لبيع المزايدة في العدد الثامن (٢/ ١٥٦).

(٣) المرجع السابق (٢/ ١٦٣).

(٤) انظر مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (١٩) ص٥٤ .

الوجه الثاني:

اشتراط الحصول على دفتر الشروط بثمن ليس القصد منه بيع دفتر الشروط؛ لأن تفاهة قيمته بالنسبة لقيمة المشروع لا تجعله مقصودًا في الثمن.

ويناقش:

بأن قيمة دفتر الشروط ليست تافهة خاصة أنه يقدم بقيمة تتجاوز قيمته الحقيقية، وقياس قيمته بالنسبة لقيمة الصفقة إنما يصح في حق من فاز بالصفقة لا في جانب من خسرها، حيث تجتمع عليه خسارتان: خسارة الصفقة، وخسارة قيمة الدفتر.

القول الرابع:

اختار الشيخ العثماني التفصيل: إن كان دفتر الشروط مشتملًا على دراسات فنية يحتاج إليها المشاركون في المناقصة لإعداد عروضهم فيجوز للجهة الداعية للمناقصة أن تأخذ على دفعه عوضًا يغطي تكاليف الجهة الإدارية في إعداده.

وإن كان دفتر الشروط لا يتضمن دراسات فنية، وكان مشتملًا على مجرد شروط التعاقد فلا يجوز للجهة الداعية للمناقصة أن تتقاضى عليه ثمنًا؛ لأن ذلك بمثابة بيان شروط العقد من أحد العاقدين[1].

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في موضع بيع المزايدة ونصه ما يلي: «لا مانع شرعًا من استيفاء رسم الدخول (قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية) لكونه ثمنًا له»[2].

وأرى أن هذا القول هو أعدل الأقوال، والله أعلم.

---

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٥٢٥).

(٢) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٧٧/ ٤/ ٨٥ .

الفصل الثاني
خطاب الضمان في عقد المناقصة

المبحث الأول
التعريف بخطاب الضمان

تعريف خطابات الضمان:

يمكن تعريفه بأنه تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الضمان) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث يسمى المستفيد، وذلك ضمانًا لوفاء هذا العميل المكفول بالتزامه تجاه الطرف الثالث خلال مدة معينة، وينص في الخطاب على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة من الطرف الثالث (المستفيد) خلال سريان خطاب الضمان دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة[١].

فخطاب الضمان هذا يعني أن المقاول أو المورد إذا تخلف عن الوفاء كان للجهة الداعية للمناقصة مطالبة البنك بدفع قيمة الضمان المحددة في خطاب الضمان مدة سريان مفعوله، ثم يرجع البنك على العميل في أخذ ما دفعه عنه. فهو على هذا صورة من صور الضمان المالي.

ويعتبر خطاب الضمان عقدًا تابعًا لعقد الممناقصة، وليس عقدًا مستقلًا، وهو بصوره الصحيحة أو الفاسدة لا يؤثر على العقد الصحيح.

(١) انظر موسوعة فقه المعاملات، المصدر: موقع الإسلام.

وأطراف خطاب الضمان ثلاثة:

(١) البنك ويقدم نفسه ضامنًا.

(٢) المستفيد: وهي الجهة الداعية للمناقصة وهي المضمون له.

(٣) المناقِص، وهو المضمون عنه.

فالعلاقة بين المستفيد (الجهة الداعية للمناقصة) وبين المضمون عنه (المناقِص) هو الالتزام القائم بينهما والذي بسببه صدر خطاب الضمان، ويحكم هذه العلاقة عقد المقاولة أو عقد التوريد.

والعلاقة بين المناقص (المضمون عنه) وبين البنك الذي يقدم الضمان، هو عقد اعتماد خطاب الضمان المحرر بين البنك وعميله.

والعلاقة بين البنك الضامن وبين المستفيد (الجهة الداعية للمناقصة) هو خطاب الضمان نفسه، والتعهد الوارد به، والذي يلتزم بموجبه البنك بدفع قيمة الضمان للمستفيد عند أول مطالبة له مدة سريان خطاب الضمان.



المبحث الثاني
أنواع الضمان في عقد المناقصة

[ن-٥٤] يقدم نوعان من الضمان في المناقصات:

❑ الأول: - الضمان الابتدائي أو المؤقت:

وهو خطاب مقدم بواسطة البنك نيابة عن أحد عملائه ممن يرغب في الدخول في مناقصة لتنفيذ عمل أو مشروع معين، وذلك عندما يطرح مشروع المناقصة في عطاء عام، فيقدم هذا الخطاب مع تقديم العطاء وتتراوح قيمته بين ١% إلى ٢% من قيمة العرض وذلك وفقًا لما تحدده الشروط والمواصفات.

ويهمل كل عرض غير مصحوب بضمان، ويعتبر عرضًا غير جدي. ويصادر رب المناقصة الضمان الابتدائي كله إذا سحب العرض قبل ميعاد البت في العروض، أو إذا لم يقم المتعهد بإبرام العقد حال رسو المناقصة عليه.

والغرض من خطابات الضمان الابتدائية هو:

(أ) التأكد من جدية المتقدم للعرض لئلا تملأ خانات المزايدة أو المناقصة أو العطاء بأسماء أفراد غير جادين وغير مؤهلين لهذا المجال.

(ب) إلزام المناقص بإبرام العقد إذا رست عليه المناقصة.

ويرد الضمان الابتدائي إلى أصحاب العروض غير المقبولة ممن لم ترس عليهم المناقصة، أما الذين رست عليهم المناقصة فيقدم ضمانًا نهائيًا، ويرد إليه الضمان الابتدائي، أو يستكمل الضمان الابتدائي باعتبار أن نسبته أقل من النهائي(١).

---

(١) انظر عقود المناقصات - عاطف أبو هربيد (ص١٣٠)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (٢/ ٢٢٦).

❑ الثاني: الضمان النهائي:

يصدر هذا النوع بواسطة البنك، ويقدمه المناقص بعد أن ترسو عليه المناقصة، ويقدر بما قيمته حوالي ٥% من جملة العقد، أو ١٠% منه. ويودع الضمان في مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه. ويحل خطاب الضمان النهائي محل الخطاب الابتدائي الذي يصبح لاغيًا بمجرد تقديم صاحب العرض المقبول لخطاب الضمان النهائي. ويرد الضمان إلى المناقص بعد الوفاء بالتزاماته بصورة نهائية.

وهذا الضمان إذا أصدره المصرف فإنه ملزم للبنك؛ لأنه لا يصدر إلا والعميل قد ارتبط بعقد مع المستفيد.

و الغاية من الضمان النهائي: هو إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد دون تأخر ولا تخلف، ولا مخالفة، ويصادر الضمان النهائي كله إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ العقد، وقد ينفذ العقد على حسابه مع تحمله فوارق الأسعار، والتعويض عن الأضرار. وقد يصادر جزء من الضمان النهائي إذا ترتب على المتعهد غرامات تأخير[1].

هذا الكلام فيما يتعلق بأنواع خطاب الضمان، وأما توصيف الضمان المصرفي، وبيان حكم أخذ العمولة عليه فقد حررت ذلك ولله الحمد عند الكلام عن أهم العقود المصرفية، فانظره هناك مشكورًا.



(١) انظر مناقصات العقود الإدارية - رفيق المصري (ص٥٤).

المبحث الثالث
في مصادرة مبلغ الضمان
إذا سحب العارض عرضه قبل البت

الفرع الأول
في حكم مصادرة الضمان الابتدائي

[ن-٥٥] إذا قلنا: إن تقديم العطاء يعتبر إيجابًا، والبت: يعتبر قبولًا أو رفضًا للإيجاب، صارت مسألة مصادرة مبلغ الضمان الابتدائي ترجع إلى مسألة سبق بحثها في هذا العقد، وهو هل للموجب الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول؟

فعلى مذهب الجمهور الذين يقولون بجواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول فإن مصادرة المبلغ ستكون غير مقبولة من الناحية الشرعية؛ لأن من يأخذ ذلك قبل انعقاد العقد يكون قد أخذه بلا مقابل، وهذا ما توجه إليه الشيخ القاضي محمد العثماني(١).

وقيل: تجوز مصادرة الضمان. وهو اختيار رفيق بن يونس المصري(٢)، والشيخ وهبة الزحيلي(٣).

---

(١) عقود التوريد والمناقصة - العثماني - بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة (٢/ ٣٣٢).

(٢) مناقشة عقود التوريد والمناقصة من قبل أعضاء مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة (٢/ ٥٣٧، ٥٣٨).

(٣) المرجع السابق.

❑ وجه القول بالجواز:

الوجه الأول:

يمكن تخريجه على مذهب المالكية القائلين بأنه لا يحق للموجب الرجوع عن إيجابه، وقد نصوا على ذلك في البيع المطلق[(١)]، وفي بيع المزايدة، وبيع المناقصة مقيس عليه[(٢)].

وأجيب عن هذا:

بأن الأخذ بمذهب المالكية القائلين بإلزام الموجب لو أخذنا به غاية ما فيه أنه يجبر المناقص على العقد قضاء، أو يحمل الضرر المالي الذي تضررت به الجهة صاحبة المناقصة فعلًا، وإلا صارت هذه المصادرة عقوبة تعزيرية مالية وهي من حق القاضي وحده عند من يقول بجواز التعزير في المال، في حين أن المالكية إنما ألزموا بالإيجاب في المزاد العلني الذي يرسو فيه العطاء في مجلس

---

(١) انظر تفسير القرطبي (٣/ ٣٥٧) وجاء في مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠، ٢٤١): «والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتابعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك. . . . ولو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بَعْدُ بالقبول».

ويقول ابن رشد في المقدمات (٢/ ٩٨): «والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع من المتابعين لصاحبه لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع عنه قبل ذلك. .».

وعلق الدسوقي في حاشيته (٣/ ٤) على عبارة ابن رشد أن من أوجب البيع لصاحبه لزمه، ولم يكن له أن يرجع: «لأنه في صيغة يلزمه بها الإيجاب أو القبول، كصيغة الماضي، وكلام المصنف في صيغة المضارع، كما هو لفظه، فإذا أتى أحدهما بصيغة الماضي، ورجع قبل رضا الطرف الآخر لم يفده رجوعه إذا رضي صاحبه بعد ذلك».

وانظر شرح الزرقاني على مختصر خليل (٦/ ٥، ٦).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩).

المزاد، ولا ينطبق ذلك تمامًا على المناقصات التي يتم البت فيها بعد مدة قد تتقلب فيها الأسعار بصفة غير متوقعة(١).

ويجاب:

بأن الإلزام بالإيجاب عند المالكية ليس خاصًا في بيع المزايدة، فهم يقولون بالإلزام في كل إيجاب، وهذا ما قد بيناه في مسألة سابقة من هذا البحث، والعقوبة إذا اتفق عليها المتعاقدان لم يكن هناك حاجة إلى الرجوع إلى القاضي كالشرط الجزائي.

الوجه الثاني:

إذا لم يمكن تخريج مصادرة الضمان على مذهب المالكية أمكن تخريجه على أن الأصل في الشروط الصحة والجواز، فإذا صح اشتراط أن يبقى الموجب على إيجابه مدة معينة إلى حين البت في موضوع المناقصة كما ذكرنا ذلك في مسألة سابقة، ودخل المناقص على هذا الشرط قابلًا له، ملتزمًا إياه، ورتب على هذا النكول غرامة مالية قد قبلها المناقص، ودخل في المناقصة بناء على ذلك لم يكن في هذا ما يمنع من أخذها منه، ولم يكن ذلك من أكل أموال الناس بالباطل.

الوجه الثالث:

مصادرة الضمان تشبه العربون إذا نكل دافعه، وبيع العربون هو أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغًا من المال على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ محسوبًا من الثمن، وإن تركها، فالمبلغ للبائع.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر (٢/ ٣٣٢، ٣٣٣).

ويناقش هذا من وجهين:

الوجه الأول:

تختلف مصادرة قيمة الضمان عن أخذ العربون إذا نكل المشتري، فالضمان الابتدائي يصادر قبل أن ترسو المناقصة، أي قبل انعقاد العقد، وأما أخذ العربون فهو يأخذه البائع مقابل فسخ العقد، أو مقابل أن يكون العقد جائزًا في حق المشتري مدة معينة، فالعقد منعقد في بيع العربون، فأخذه مقابل إقالته. وهذا فارق مهم.

ونوقش:

مصادرة الضمان الابتدائي قد تكون قبل العقد، وقد تكون بعده، والاعتراض يصح فقط فيما لو كانت مصادرة الضمان الابتدائي قبل رسو المناقصة، وأما إذا كانت مصادرة الضمان الابتدائي بعد أن رست المناقصة فهي لازمة في حقه، فإذا انسحب منها قبل توقيع العقد أصبحت مصادرة الضمان الابتدائي بعد لزوم المناقصة، وتكون حينئذ في مقابل فسخ العقد كما أن العربون في مقابل فسخ العقد.

الوجه الثاني:

أن بيع العربون يؤخذ من المشتري إذا نكل، وأما في المناقصة فالمناقص ليس مشتريًا، وإنما هو بائع للسلعة إن كان موردًا، أو بائع للعمل إن كان مقاولًا.

ونوقش هذا: بأن قياس مصادرة الضمان على مصادرة العربون بجامع اشتراكهما في علة النكول والتخلف عن الوفاء بالالتزامات.

❑ الراجح:

القول بجواز مصادرة الضمان الابتدائي، سواء كان ذلك قبل رسو المناقصة، أو بعدها، والله أعلم.

الفرع الثاني
في حكم مصادرة الضمان النهائي

[ن-٥٦] إذا كان هناك خلاف في مصادرة الضمان الابتدائي باعتبار أن مصادرته ربما تكون قبل انعقاد العقد، فإن مصادرة الضمان النهائي لا يكون إلا بعد انعقاد العقد ولزومه، فتكون المصادرة في مقابل فسخ العقد اللازم.

فمن قال بجواز مصادرة الضمان الابتدائي سيقول بجواز الفسخ في الضمان النهائي من باب أولى.

سواء قلنا: إن مصادرة الضمان بمنزلة بيع العربون كما هو رأي الشيخ رفيق المصري.

أو قلنا: إنه بمنزلة الشرط الجزائي، سواء كان الشرط الجزائي من باب العقوبة المالية، أو من باب التعويض عن الضرر؛ لأن أي مناقصة تطرح مشروعًا كبيرًا سيتطلب ذلك إعداد وثائق وخرائط ورسوم، وسيتطلب إعداد مثل هذا جهدًا ومالًا ووقتًا فإذا جاء شخص غير جاد، ونكل عن المناقصة بعد أن أحيل عليه المشروع، وبعد أن وقع العقد فإن ذلك سيلحق ضررًا كبيرًا بالجهة الداعية للمناقصة، فلا مانع من تعويض مثل ذلك بجزء من قيمة العرض المتقدم به.



الفصل الثالث
في حكم إجراء عقد المناقصة

[ن-٥٧] لا يخرج عقد المناقصة في الحقيقة عن عقدين سبق بحثهما على وجه التفصيل، لذلك سنشير إليهما إشارة، ونكتفي بما سبق:

الأول: أن يكون المناقص فيه توريدًا لسلع موصوفة في الذمة، سواء كانت هذه السلع موجودة عند المناقص، أو ليست موجودة عنده.

وقد سبق لنا تحرير الخلاف في عقد التوريد فيما إذا كان المعقود عليه سلعة موصوفة في الذمة، هل يشترط في ذلك تقديم الثمن في مجلس العقد؛ لأن تأجيل البدلين يؤدي إلى الوقوع في بيع الدين بالدين؟ كما اختار ذلك مجمع الفقه الإسلامي.

أو لا يشترط ذلك كما اختاره جمع من الباحثين المعاصرين على اختلاف بينهم في تخريج هذا العقد؟

وقد رجحت أن العقد يختلف عن عقد السلم، فلا يشترط تقديم الثمن في مجلس العقد بشرط أن يدخل البيع عمل مقصود، من ذلك أن يقوم المورد بجلب البضاعة وشحنها إلى المستورد كما هو الغالب على عقود التوريد.

فلا يكون العقد بيعًا محضًا، وإنما هو بيع وإجارة. وقد ذكرت أدلة كل قول في عقد التوريد فأغنى عن إعادته هنا.

الثاني: أن يكون المناقص فيه عملًا يتعهد به المناقص، وهذا يشبه عقد المقاولة.

فإن كان المقاول يتعهد بالعمل والأدوات معًا فهو عقد استصناع، وقد ذكرنا

الخلاف في الاستصناع عند الكلام عن عقد الاستصناع، وذكرنا فيه ثلاثة أقوال:

الجواز مطلقًا، وهذا مذهب الحنفية.

الجواز بشروط عقد السلم، وهو مذهب المالكية والشافعية، وقول في مذهب الحنابلة.

المنع، وهو قول في مذهب الحنابلة.

وكان الترجيح لمذهب الحنفية، وعليه عمل الناس. وقد ذكرنا أدلة كل قول من هذه الأقوال في عقد الاستصناع فأغنى عن إعادته هنا.

وإن كان المقاول يتعهد بالعمل فقط، والأدوات من صاحب العمل، فهو من قبيل الأجير المشترك، وهو جائز في الفقه بالاتفاق، وذكرنا أدلته في عقد المقاولة فانظره هناك.

الخلاصة: جواز عقد المناقصة؛ لأنه لن يخرج عن عقد التوريد وعقد المقاولة، وهما عقدان جائزان في الفقه الإسلامي.



فهرس المحتويات